



Universidad de Granada

Escuela Internacional de Posgrado

Departamento de Derecho mercantil y Derecho romano

TESIS DOCTORAL

El contrato de franquicia.

Un *nuevo* modelo de negocio para las nuevas
tendencias y necesidades del mercado

Doctorando: Licenciado FRANCISCO JAVIER PÉREZ - SERRABONA GONZÁLEZ

Director: Dr. JOSÉ LUIS PÉREZ - SERRABONA GONZÁLEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL

Granada, diciembre 2014

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Javier Pérez-Serrabona González
ISBN: 978-84-9125-000-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/40797>



Universidad de Granada

Escuela Internacional de Posgrado

Departamento de Derecho mercantil y Derecho romano

TESIS DOCTORAL

El contrato de franquicia.

Un *nuevo* modelo de negocio para las nuevas tendencias y
necesidades del mercado

Director de la Tesis

Doctorando

Fdo.: José Luis Pérez-Serrabona González

Fdo.: F. Javier Pérez-Serrabona González

Granada, a 12 de diciembre de 2014

A JOSE LUIS

Al padre que nunca se fue de mi vida

Al hermano que siempre tengo a mi lado

Al ahijado del que nunca me separaré

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	17
-----------------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

EL ENTORNO Y LA OBLIGACIÓN DE EXIGIR Y ESTUDIAR EL DERECHO

(A Modo de introducción)

PREMISA.....	29
--------------	----

SECCIÓN I.- A PROPÓSITO DEL TEMA ELEGIDO

1. La inclinación por el contrato objeto de estudio.....	34
A) Ámbito del derecho privado	35
B) Derecho de consumo y el contrato de franquicia	37
2. Razones adicionales de la elección	40
3. Contenido jurídico-privado	44

SECCIÓN II.- EL VALOR PERMANENTE Y CONTINGENTE DE LA FRANQUICIA

1. Justificación del contrato	49
2. Solidaridad entre las partes del contrato	53

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FRANQUICIA COMO NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN III.- NUEVAS ORGANIZACIONES ESTRUCTURALES

1. Organizaciones multifacéticas.....	61
A) Principio de uniformidad/estandarización.....	62
B) Principio de continuidad.....	63
C) Principio de formalización de compartir los ingresos	63
D) Principio de control operacional.....	64

ÍNDICE

2. Proliferación de distintos canales de distribución	64
A) Integración y coordinación del canal de distribución	65

SECCIÓN IV.- PERSPECTIVAS DE LA FRANQUICIA

1. Perspectiva comercial.....	67
2. Perspectiva empresarial	68
3. Perspectiva socio-económica	70
4. Perspectiva económica.....	72
A) Ventajas económicas	74
a) Supresión de intermediarios.....	74
b) Motivación personal del franquiciado.....	74
c) Atención a las necesidades y expectativas de los consumidores	74
d) Aumento de creación de empleo	75
5. Perspectiva legal y ética	75

SECCIÓN V.- RAZONES PARA FRANQUICIAR

1. Teoría de la escasez de recursos y teoría de la agencia	76
A) Teoría de la Agencia	77
B) Teoría de la escasez de Recursos	78
2. Limitaciones de los recursos escasos.....	82
A) La experiencia de gestión.....	82
B) El conocimiento del mercado.....	83
C) La financiación de capital	83
3. Teorías sobre la financiación de capital	83

SECCIÓN VI.- VENTAJAS DEL MODELO DE NEGOCIO

1. Versatilidad de la distribución	88
2. Estimula la competencia económica	89
3. Innovación empresarial.....	90
4. Rigidez de protección del consumidor	90
5. Exclusividad.....	92
6. Franquicia: sinónimo de éxito	93
7. Acceder a una marca de prestigio nacional e internacional	95

ÍNDICE

8. Reducción de riesgos.....	95
9. Reducción de gastos.....	96
10. Afianzamiento de alianzas estratégica sólidas	97
11. Equilibrio entre autonomía jurídica y subordinación económica	100

SECCIÓN VII.- INCONVENIENTES DEL MODELO DE NEGOCIO

1. Control periódico.....	104
2. Elección del buen franquiciado.....	104
3. Información defectuosa	105
4. Otros inconvenientes	108

CAPÍTULO TERCERO

REALIDAD JURÍDICA Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FRANQUICIA

SECCIÓN VIII.- CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. Notas características.....	115
A) Atipicidad legal	115
B) Contrato bilateral y sinalagmático	118
C) Contrato oneroso.....	120
D) Contrato consensual.....	121
E) Contrato complejo.....	122
F) Contrato de colaboración empresarial.....	123
G) Contrato <i>intuitu personae</i>	124
H) De duración y de ejecución sucesiva	125
I) Contrato de empresa en el que es necesaria la tutela de la empresa contratante débil	126

SECCIÓN IX.- OTRAS FIGURAS AFINES AL CONTRATO

1. Consideración general	131
2. Respecto a contratos de distribución.....	131

ÍNDICE

A) Contrato de distribución.....	131
a) Propuesta de Codificación del Código Mercantil.....	133
B) Contrato de concesión mercantil	135
C) Contrato de agencia.....	137
3. Respecto a contratos que tienen como objeto una empresa.....	139
A) Contrato de compraventa de empresa	139
B) Contrato de arrendamiento de empresa	141
4. Respecto a otros tipos de contratos.....	142
A) Contrato de venta piramidal	142
B) Contrato de licencia.....	143
C) Contrato de transferencia de tecnología.....	144
D) Contrato de joint venture	146
E) Contrato de trabajo.....	147

SECCIÓN X.- REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA

1. Conceptualización	148
2. Las configuraciones jurisprudenciales del concepto de franquicia	150
3. Tipicidad	155
4. La experiencia española.	161
5. Una aproximación normativa.	162
A) Leyes complementarias.....	165
B) Normas autonómicas relativas al Registro de Franquiciadores	167
6. La experiencia comunitaria	169
A) Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre	169
B) Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre	170
C) Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre	171
D) Reglamento 330/2010, de 20 de abril.....	173

SECCIÓN XI.- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. Contexto legislativo.....	174
2. La derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.....	176
A) Definición	176
B) Exenciones.....	177

ÍNDICE

3. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia	180
A) Los acuerdos verticales	185
B) La rigidez consecuente del artículo 81 del TCE	189
C) Consideración conclusiva	190
4. Ley 3/2014, de 27 de marzo, de Defensa de la Competencia	191
5. Las restricciones en el derecho a la competencia	193
A) Teoría de las restricciones accesorias	193
B) Nueva regulación a la aplicación de determinadas categorías de acuerdos verticales	195
6. El Reglamento 330/2010 y su ámbito de aplicación	196
A) Acuerdos de exención por categorías	197
B) Acuerdos con cláusulas relativas a derechos de propiedad intelectual ...	198
C) Exenciones concedidas por el Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del art.103 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	199
D) Los denominados acuerdos de minimis	200
a) Reflexiones	202
E) El umbral de la cuota de mercado, su aplicación y cálculo	204
F) Las restricciones “especialmente graves”	207
G) Restricciones en las cláusulas de no competencia	208
H) La permanencia en el tiempo de las cláusulas de no competencia.....	209
I) Restricciones de confidencialidad	212
7. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil donde se modifica el art.22 de la LDC.	214

SECCIÓN XII.- LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

1. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista	218
2. El artículo 62 de la LOCM	219
A) Problemas negociables previstos en la ley.	220
B) Carácter imperativo de las obligaciones contraídas	221
C) Transparencia entre las partes contratantes.....	223
D) Inscripciones en el registro de franquiciadores	227
E) Normativa sancionadora	227

ÍNDICE

SECCIÓN XIII.- NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FRANQUICIA

1. Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.....	229
A) Marco conceptual de novedades.....	231
B) Operatividad del franquiciador extranjero.....	233
C) Regulación del registro estatal.....	234
D) Interoperabilidad de los registros de franquiciadores.....	234
E) Las informaciones precontractuales.....	235
2. Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial.....	238
A) Contenido normativo.....	239
B) Origen, causa y problemática del Proyecto.....	240
C) Reflexión final.....	242
3. La nueva <i>Ley del Emprendedor</i> 14/ 2013 y su afectación al modelo de negocio de franquicia.....	244
A) Particularidades y novedades de la Ley.....	244
a) Tarifa plana para los emprendedores.....	246
b) La figura del emprendedor de responsabilidad limitada.....	247
c) La figura de la sociedad limitada de formación sucesiva.....	247
d) Nueva concepción del concurso en las empresas.....	248
e) Argumentación sobre el devenir de la ley.....	249
f) La tesis de inadmisibilidad de modificación del objeto social: la resolución de la DGRN de 25 de julio de 2014.....	249
B) Recapitulación.....	252

CAPÍTULO CUARTO EL CONTRATO DE FRANQUICIA

SECCIÓN XIV.- ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO

1. Consideraciones preliminares.....	255
A) El free-riding del franquiciado.....	256
B) El free-riding del franquiciador.....	256
C) Objetivos de las cláusulas.....	258

ÍNDICE

D) La cesión de marca	260
2. Naturaleza jurídica	262
A) Licencia de marca.....	262
B) Concesión mercantil	263
C) ¿Típico o atípico?	264
D) Los principios del derecho de contratos europeos	265
E) Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución	266
F) Consideración final	267
3. La formación del contrato.....	270
A) Regulación de intereses privados	270
B) Tratos precontractuales	273
C) Argumentación final.....	276
4. Elementos esenciales del contrato	278
A) Franquiciador.....	279
B) Franquiciado.....	280
C) El establecimiento comercial	281
D) Los terceros afectados por el contrato.....	283
5. Obligaciones de las partes	284
A) Obligaciones del franquiciador.....	284
B) Obligaciones del franquiciado	290

SECCIÓN XV. - EL KNOW-HOW

1. Institución jurídica	297
2. Aproximación y delimitación conceptual del know-how	301
A) Concepto en la normativa española.....	302
B) Concepto doctrinal.....	305
C) Concepto en la normativa europea	306
D) Concepto jurisprudencial	307
3. Elementos que integran la noción de know how.....	312
4. La transferencia del know how: cesión y trasmisión	313
5. La contraprestación y la protección del know how.....	315

ÍNDICE

SECCIÓN XVI- PROBLEMÁTICA Y AFECTACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AL CONTRATO

1. Consideración general	321
2. La economía y la propiedad intelectual	322
3. Los activos de propiedad intelectual y el valor de las empresas franquiciadas .	324
A) El valor de la marca en la franquicia	325
4. La propiedad intelectual en las transacciones comerciales	329
A) Cláusulas destinadas al aprovechamiento de los derechos de propiedad industrial.	333

SECCIÓN XVII- NEGOCIACIÓN CONTRACTUAL

1. Referencia inicial a los deberes precontractuales	336
2. La buena fe <i>in contrahendo</i>	342
A) Conceptualización, objeto y consecuencias	343
B) Incidencia en los contratos	346
3. Referencias a la negociación	350
4. Factores que determinan la complejidad del contrato	352
A) Las inversiones en los activos específicos	352
B) La experiencia del franquiciador	353
C) La imagen como garantía de éxito	354

SECCIÓN XVIII.- LAS CLÁUSULAS Y SU “MODUS OPERANDI”

1. Cláusulas referenciadas al idioma	355
2. Cláusulas relativas al precio y a los pagos.....	355
A) Derecho de entrada o fee entrance	356
B) Regalías o royalties	356
a) Cantidad fija	357
b) Un canon o porcentaje	357
c) Mixto.....	357
d) Sin Canon	357
e) Canon objetivo	358
C) Cánones previstos para las campañas de promoción y publicidad.....	358
D) Otros pagos o cánones previstos según los modelos de negocio	359

ÍNDICE

3. Cláusulas sobre la transmisión del know-how y la transmisión de los derechos de propiedad industrial e intelectual	360
A) Secreta, con valor razonable y susceptible de medidas razonables para su protección.....	361
B) Obligaciones para el franquiciador con respecto al know-how	362
C) Obligaciones para el franquiciado con respecto al know-how	363
D) Propuestas por el Código Deontológico Europeo de las Franquicias	364
4. Cláusula de exclusividad.....	364
A) Obligaciones a favor del franquiciado	365
B) Obligaciones a favor del franquiciador	365
C) Aportación jurisprudencial	366
5. Cláusulas relativas a la publicidad y la promoción.....	367
6. Cláusulas de responsabilidad	368
A) Régimen obligacional para los franquiciados	369
B) Régimen obligacional para los franquiciadores.....	371
7. Cláusulas implícitas	372
8. Cláusula de seguro	373
9. Cláusula relativa a garantías	374
10. Cláusulas relativas al control y la vigilancia.....	374
11. Cláusula relativa al abastecimiento	375
12. Cláusula relativa a las ventas.....	375
13. Cláusula relativa a la no competencia	376
14. Cláusula relacionada con la confidencialidad	379
15. Cláusula relativa al suministro.....	380
16. Cláusula de duración de los contratos de franquicia	380
17. Cláusula de mantenimiento del equilibrio del contrato.....	383
18. Cláusula de reciprocidad.....	384
19. Cláusula de entrenamiento	384
20. Cláusula relativa a la separabilidad	385
21. Cláusula de contrato íntegro	386
22. Cláusula de renuncia	387
23. Cláusula de fuerza mayor y excesiva onerosidad.....	388
24. Cláusula relativa a la naturaleza del contrato	390
25. Cláusula de derecho cumulativo	392
26. Cláusula de disposición de notificaciones	392
27. Cláusula de terminación del contrato	392

ÍNDICE

28. Cláusula relativa a la solución de conflictos	394
29. Cláusula relativa a la jurisdicción aplicable	395
30. Cláusula penal.....	395

SECCIÓN XIX.- ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS

1. Acerca del factor de atribución de responsabilidad	396
2. Acciones distintas a la rescisión	399
3. Acciones disponibles para el franquiciador	399
4. Acciones disponibles para el franquiciado	403
5. Indemnización por clientela en los contratos de franquicia	408
A) Aplicación analógica del Art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia por parte de la jurisprudencia.....	408
B) Una referencia al tratamiento de la indemnización por clientela por parte del derecho comparado	412
C) La polémica postura normativa del Proyecto (fracasado) de Ley de Contratos de Distribución.....	414

SECCIÓN XX.- LA RESPONSABILIDAD EN LA FRANQUICIA

1. Acerca del factor de atribución de responsabilidad	415
A) Responsabilidad civil. Artículos 1902 y 1903 del Cc.....	418
2. Responsabilidad del franquiciador	421
A) Responsabilidad por productos defectuosos: el franquiciador frente al consumidor	421
B) Responsabilidad laboral del franquiciador	427
a) Existencia de patrimonio empresarial confuso	427
b) Prestación laboral producida en un entorno del grupo empresarial.....	427
c) La denominada franquicia como “contrata”	428
d) El principio de apariencia. Referencia a la STS 7-5-2014.....	429
e) Solución a la controversia	431
3. Responsabilidad del franquiciado	432
A) La responsabilidad del franquiciado por el uso del know-how	432
a) Aportación jurisprudencial al Know-how	434
B) Responsabilidad del franquiciado por el uso de la marca	437

ÍNDICE

a) Otros pronunciamientos jurisprudenciales.	439
4. La responsabilidad y los daños morales en la franquicia	440
A) Cuarto Informe de septiembre de 2011 de la Comisión Europea (vigente hasta 2016)	441
5. Límite cuantitativo de la responsabilidad por daños personales	443
6. La doctrina de la sentencia del TJCE de 4 de junio de 2009	444
7. Perspectiva de futuro de la responsabilidad: doctrina del informe de la Comisión Europea de 2011 de la revisión o supresión de la responsabilidad ...	447
8. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.....	449
9. Responsabilidad ante las administraciones públicas.....	451
10. La responsabilidad social corporativa en la franquicia	453

SECCIÓN XXI.- LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SU EXTINCIÓN

1. Transcurso del tiempo.....	455
2. Vigencia del contrato.....	456
3. El desistimiento unilateral <i>ad nutum</i>	458
4. Por muerte (declaración de fallecimiento) de algún contratante	459
5. Resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones.....	460
6. Resolución del contrato por causas objetivas.....	461
7. Resolución del contrato por declaración de concurso.	462

CAPÍTULO QUINTO LA APORTACIÓN DEL DERECHO COMPARADO

SECCIÓN XXII.- LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y EUROPEO

1. Diferencias del modelo comunitario y el español.....	475
A) Comercialización bajo la marca del franquiciador	475
B) Cesión del know-how.....	476
C) Servicio de asistencia	477
D) Contraprestación del franquiciado	477

ÍNDICE

2. Relación entre ambas regulaciones.....	477
3. Continente Europeo.....	482
A) Francia.....	482
B) Alemania.....	485
C) Italia.....	488
a) Norme per la disciplina dell'affiliazione Commerciale.....	492
D) Gran Bretaña.....	508
E) Bélgica.....	510
F) Suiza.....	512
G) Turquía.....	514
H) Países del Este y Rusia.....	515

SECCIÓN XXIII.- DERECHO COMPARADO

1. Continente Americano.....	520
A) Canadá.....	520
B) Estados Unidos.....	522
C) México.....	528
a) Reforma del Código de Comercio (2012): referente legislativo.....	532
D) Comunidad Andina.....	534
a) Ecuador.....	542
b) Chile.....	546
E) Venezuela.....	547
a) Ley Orgánica de Precios Justos, de 23 de enero de 2014.....	550
F) Uruguay.....	552
a) La Ley 18.159 y la franquicia.....	555
G) Cuba.....	557
a) Resolución N° 30 de 2006 sobre política de desarrollo de la franquicia.....	559
H) Argentina.....	560
a) El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina.....	563
I) Brasil.....	566
2. Continente Asiático.....	567
A) China.....	569
a) Regulation on the Administration of Commercial Franchises.....	569
B) Japón.....	571

ÍNDICE

a) Medium Small Retail Business Promotion Act	571
C) India	572
3. Continente Africano.....	573
4. Oceanía.....	573

CAPÍTULO SEXTO

LA VÍA JUDICIAL Y LAS VÍAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

SECCIÓN XXIV – LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA COMO FUENTE CREADORA Y DE INTERPRETACIÓN DE LA FRANQUICIA

1. Introducción	579
2. La consideración especial de algunos supuestos concretos del TJCE.	581
A) Sentencia del Caso “PRONUPTIA”	581
B) Sentencia del Caso “COMPUTERLAND”	586
C) Sentencia del Caso “SERVICE MASTER”	587
D) Otras Sentencias	587
3. La jurisprudencia española	589
4. Desavenencias contractuales en la franquicia.....	600
A) Fase contractual	600
B) Vigencia del contrato	604
C) Extinción del contrato	607

SECCIÓN XXV.- OTRAS VÍAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. El arbitraje en la franquicia.....	608
A) Consideraciones Generales.....	608
a) Evolución del arbitraje.....	609
b) Trascendencia y justificación práctica del arbitraje en la franquicia.....	612
B) Problemática del arbitraje en la franquicia	615
C) El arbitraje ad hoc en el contrato de franquicia	618
D) Configuración jurisprudencial del arbitraje en el sistema arbitral español y en derecho comparado.....	621

ÍNDICE

E) Versatilidad práctica del arbitraje en la franquicia	626
2. La mediación	627
A) Aproximación a los contratos de distribución comercial	627
a) Consideración de la mediación en el panorama internacional.	628
B) La mediación española: sistema de resolución incluida en el contrato de franquicia	632
C) Tipos de conflictos en la relación franquiciadora	635
D) El mediador especializado en la franquicia.....	637
E) Reflexión final.....	642
3. Otros sistemas de resolución de conflictos	644
A) La conciliación.....	644
B) El ombudsman	645

CAPÍTULO SÉPTIMO PERSPECTIVAS DE FUTURO

SECCIÓN XXVI- EL CONTRATO DE FRANQUICIA APLICADO A OTROS ÁMBITOS EMPRESARIALES

1. La franquicia en el deporte: otra filosofía comercial.	649
A) Clubs o Franquicias; Deporte o Negocio	651
a) Referencia al modelo americano de franquicia deportiva	654
b) Diferencias entre el modelo de negocio europeo y americano.....	658
c) El modelo de negocio americano en el panorama Internacional	661
B) Realidad y futuro de la franquicia en el fútbol.	663
a) El valor contingente de la franquicia: liga actual de fútbol India.	667
C) Conclusión de la franquicia en el deporte.....	671
2. La franquicia en la hostelería: realidad jurídica y sustancial.....	673
A) Paradores de turismo: hacia un modelo franquiciable	676
3. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC): las redes sociales en la franquicia.....	678
A) Desarrollo Normativo.....	679
4. Consideración conclusiva	683

ÍNDICE

SECCIÓN XXVII.- LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO PROYECTADO. HACIA UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

1. La propuesta de nuevo Código mercantil	684
A) Nueva regulación de materias	685
B) Contenido del contrato.....	692
a) Obligaciones del franquiciador y franquiciado	693
b) Los pactos de exclusiva	695
c) Finalización del contrato	696
d) La indemnización por clientela.....	701
2. El proyecto de Ley de Contratos de Distribución	703
A) Artículo 30: “regulación de la franquicia”	707
3. El Anteproyecto de Código Mercantil	710
CONCLUSIONES	715
BIBLIOGRAFÍA.....	761
RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS	839
ANEXO	855
RESUMEN.....	865
RIASSUNTO.....	881
AGRADECIMIENTOS.....	891

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AAP	Auto Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
AARAJL	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
AAVV	Varios Autores
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft (Edición en alemán del Diario Oficial de la Comunidad Europea)
AC	Actualidad Civil
AD	Actualidad y Derecho
ACDI	Annuaire Canadien de Droit International
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADGRN	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado
ADI	Actas de Derecho Industrial
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
ADR	Alternative Dispute Resolution (sistemas alternativos de resolución de conflictos)
AEADE	Asociación Europea de Arbitraje
AEDEF	Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AEF	Asociación Española de Franquiciadores
AEFRAN	Asociación Ecuatoriana de Franquicias
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AG	Archivio Giuridico
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJPIL	Australian Journal of Public and International Law
ALCOFRAN	Asociación Colombiana de Franquicias
AP	Audiencia Provincial
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATPICE	Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
AUE	Acta Única Europea
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código de Derecho Civil Alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Federal de Justicia Alemán)
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CCom	Código de Comercio
CAN	Comunidad Andina de Naciones
Cc	Código Civil español
cc	Código Civil italiano

CCI	Cámara de Comercio Internacional
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDEF	Código Deontológico Europeo de la Franquicia
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje
CIS	Centro de Investigación Sociológicas
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Comm.Dir	Comentario al Diritto Italiano
ContImp	Contratto e Impresa
CPAI	Corte Permanente de Arbitraje Internacional
CPR	Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones
Dec	Decisión
DGRN	Dirección General de los Registro y del Notariado
DIPr	Derecho internacional privado
Dir.Comm.Int	Diritto di Commercio Internazionale
Dir.Comm	Diritto di Comercio
Dir.Econ	Diritto della economia

ABREVIATURAS Y SIGLAS

DN	Derecho de los Negocios
DS	Derecho de Sociedades
DOAMI	Diario Oficial de la Oficina de Armonización del Mercado Interior
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPCI	Droit et pratique du commerce international
DRAE	Diccionario de la lengua española
DPI	Derecho de la Propiedad Intelectual
ECIP	European Community Investment Partnes
Eds	Ediciones
EFF	Federación Europea de la Franquicia
ERL	Emprendedor de Responsabilidad Limitada
FDD	Franchise Disclosure Document, 2007
FEF	Federación Europea de la Franquicia
FTC	Federal Trade Commission
Giur.Ital	Giurisprudenza Commerciale
Giur.ann.dir.ind	Giurisprudenza Annotata di Diritto Industriale
GJCEC	Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia
HGB	Handelgesetzbuch (Código de Comercio Alemán)
ICC	International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional)

ICO	Instituto de Crédito Oficial
ICEX	Instituto de Comercio Exterior
IED	Inversión Extranjera Directa
IFA	International Franchise Association
INDRET	Revista para el Análisis del Derecho
JUR	Jurisprudencia
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LC	Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio
LCEur	Legislación de las Comunidades Europeas
LCA	Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación
LCM	Legislación de la Comunidad de Madrid de Aranzadi
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (modificada por Ley 3/2014, de 17 de marzo)
LLC	Limited Liability Company (Compañía de Responsabilidad Limitada)

ABREVIATURAS Y SIGLAS

LM	Ley 17/2001, de 17 de noviembre de Marcas
LOCM	Ley Orgánica 7/1996, de 15 de enero del Comercio Minorista
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTCC	Ley Tribunal Constitucional
LP	Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes
LPI	Ley de Propiedad Intelectual, RD 1/1996, de 12 de abril
LPInd	Ley de Propiedad Industrial
LRCPD	Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos
NCEE	Noticias de la Comunidad Económica Europea (Ahora noticias de la Unión Europea)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Base de Datos alemana)
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior alemán)
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PALCD	Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución
PCEC	Proyecto del Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía)
PDEC	Principios del Derecho Español de Contratos
PECL	Principles of European Contract Law
PIC	Patente de Industria y Comercio

PJ	Poder Judicial
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RassDirCiv	Rassegna di Diritto Civile
RCE	Revista de Contratación Electrónica
RCI	Rivista del Commercio Internazionale
RCDP	Revista Crítica de Derecho Privado
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDC	Registro de Defensa de la Competencia
RCL	Repertorio de Legislación Aranzadi
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia
RDComm	Rivista di Dirittio Commerciale
RDC	Real Decreto (261/2008 de Febrero) por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia BOE núm50 de 27 de Febrero de 2008, pág. 11575
RDJ	Revista de Derecho Judicial
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
REC	Reglamento de Exención por Categorías, nº330/2010, de 30 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Recientemente modificado por el Reglamento 316/2014, de 21 de marzo)

ABREVIATURAS Y SIGLAS

RECATT	Reglamento de la Comisión sobre la aplicación del art1013 de TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología
RECD	Revue Européene de Droit de la Consommation
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RJTUE	Repertorio de Jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea
RFDVG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv.Dir.Div	Rivista di Diritto
Riv.Dir.Comm	Rivista di Diritto Commerciale
Riv.Dir.Ind	Rivista di Diritto Industriale
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RPI	Registro de la Propiedad Industrial
RRM	Reglamento de Registro Mercantil
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Commerciale
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Europeen
SAI	Sistema Andino de Integración

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAAPP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma)
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (Recientemente modificado por 3/2014, de 27 de marzo)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

ABREVIATURAS Y SIGLAS

TUE	Tratado de la Unión Europea
UCC	Uniform Commercial Code (Código Uniforme de Comercio)
UFOC	Uniform Franchise Offering Circular (Circular Uniforme de Oferta de Franquicia)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)
WFC	World Franchise Council

CAPÍTULO PRIMERO

**EL ENTORNO Y LA OBLIGACIÓN DE EXIGIR Y ESTUDIAR
EL DERECHO**

(A MODO DE INTRODUCCIÓN)

PREMISA

Todos sabemos que nuestra economía no se recuperará hasta que se empiece a crear empleo. La comercialización masiva de productos y la expansión económica, monetaria y financiera de las empresas adquiere en esta etapa posmoderna un matiz diferente (e incluso novedoso) al de otras épocas¹.

El formato económico de la empresa actual no contiene los mismos elementos estructurales de hace algunas décadas; ha cambiado, y ello no ha sido casual, sino que encuentra razones que lo justifican en el intenso avance tecnológico, en el crecimiento piramidal del cúmulo de información (debido a un despegue “revolucionario” en las telecomunicaciones, en donde ya no existen fronteras físicas), la súper-especialización en ciertos campos del saber y nuevos modelos de empresas (algunos ya “consolidados”), entre muchas otras. Todo este movimiento importante impacta en las ciencias jurídicas, las que deben estar alerta para incorporar rápidamente normas, reglas y principios tendentes a contemplar de manera razonable y acabada, las nuevas situaciones que se presentan en las organizaciones empresariales y en sus relaciones con terceros. Es cierto que el derecho no puede abarcarlo todo; y por ello (aunque ello tiene mayor significación en el sistema del “Common Law”) ciertas soluciones a conflictos jurídicos y valorativos deben resolverse indagando los verdaderos ejes axiológicos de los

¹ Recordemos el sistema de patrón oro internacional que constituyó el primer ejemplo claro de un sistema monetario y financiero organizado a escala internacional. Su “universalidad” fue consecuencia de la adopción, por parte de muchos países, del patrón oro como sistema monetario nacional. Los comerciantes y mercaderes residentes en el extranjero que deseaban comprar o vender oro en un mercado central como el de Londres, por ejemplo, habían de recurrir a medios crediticios como las letras de cambio. Llevaban a cabo la operación librando letras contra sus fondos de libras esterlinas para obtener oro, o, a la inversa, enviando y vendiendo oro para obtener fondos en libras.

distintos micro-sistemas y desbrozando las respuestas adecuadas a los inconvenientes suscitados.

En la actualidad nos encontramos inmersos en una situación de crisis, sobre la cual ocupamos debemos ocupar un papel central los juristas y, por tanto, los abogados, profesores universitarios y en definitiva, estudiosos del derecho. En ella todos los juristas estamos detrás o al lado en esa común realización del sistema jurídico en la que por una vía de construcción dialogada todos participamos. A lo largo de la historia ha habido diversas disciplinas que han ido ostentando un papel rector, primero la religión, luego la ciencia, posteriormente la economía; y el derecho ha aceptado mientras tanto, en demasiadas ocasiones, en nuestra opinión indebidamente, un papel subordinado. Frente al derecho como instrumento capaz de legitimar cualquier posición de poder, empiezan a tener una extraordinaria importancia la actividad de los juristas, el mundo de la ética y de los valores. Incluso el positivismo incluyente ha terminado por admitir relevancia. Por eso, estimamos que la crisis actual no es una crisis derivada del Derecho, sino que en realidad es una crisis derivada de la “ausencia” del Derecho, y en la materia que trataremos (objeto de la presente tesis) podremos reflejarlo a lo largo del desarrollo de la misma.

La situación que vivimos en la actualidad, es una alarma, una llamada que se nos hace a los juristas de adoptar un papel más protagonista, un papel -como reflexionaremos más adelante – en el que debemos exigir normas específicas que contribuyan al desarrollo de modelos de negocio actuales, modelos que exigen una mayor y más extensa disciplina individualizada y por todo ello, debemos reclamar la tipicidad no sólo social, sino también jurídica de este contrato que estudiaremos provisto de una incompleta pero, al menos, existente e imprescindible regulación legal nacional y supranacional.

Los juristas, como decimos, no podemos limitarnos a ser expertos en determinadas cuestiones técnicas, sino que debemos colaborar, aceptar, en cierto

modo el papel de árbitros en la sociedad que garanticen la subordinación de los diversos sectores de intereses a los principios democráticos cristalizados en el ordenamiento básicamente a partir del paradigma constitucional. Afirmamos estar convencidos de que el Derecho será el protagonista del Siglo XXI, de que el Siglo XXI será el siglo del Derecho, que nuestro trabajo diario, nuestro estudio actual, seguro que ayudará a sentar las bases para que las futuras generaciones de juristas, ya sean profesores universitarios como nosotros, abogados, jueces, en definitiva, miembros de las distintas profesiones jurídicas, puedan ir ganando ese protagonismo del Derecho, que es absolutamente indispensable si queremos que de verdad esta situación de crisis que ya empieza a ser verdaderamente amenazadora, verdaderamente inquietante, no termine de una forma mucho menos agradable ni mucho menos conveniente de lo que la humanidad pueda desear.

Así pues -y sin pretender desviarnos del que será nuestro tema-, si queríamos comenzar destacando la obligación como juristas, de estudiar, comparar, reflexionar y como no, reclamar la necesidad de normas –en ocasiones inexistentes- para regular y adaptar nuestro Derecho al entorno donde nos encontramos. Sabemos que la Ley no es la única fuente del Derecho y que debe añadirse a ella la costumbre, el uso, que en el Derecho mercantil incluso la precede históricamente. La atipicidad legal (no hay norma reguladora concreta y completa; tampoco hay uso) deja en manos de los contratantes la integración del contenido contractual en una figura, sin embargo, socialmente típica. Pretendemos con nuestro estudio ofrecer ideas y posibles soluciones o propuestas para que los intereses de los contratantes sean efectivamente tutelados y equilibrados por igual en el contrato que analizamos².

² *Vid.* CAUMONT CLAVARIO, H.A., “Contrayentes vulnerables por inequilibrio subjetivo en la formación y ejecución de los contratos. Cambios en los paradigmas contractuales”, en *Revista*

De esta forma, pretendemos por un lado, reflexionar e intentar desentrañar esta figura contractual, con una intención fundamentalmente práctica; por otro, siendo nuestra obligación moral como juristas, no cesar en el estudio del Derecho, para sentar las bases y advertir y reclamar a los legisladores la necesidad de una regulación específica del contrato objeto de estudio.

La globalización no ha supuesto un incremento de la racionalidad jurídica sino un proceso de fragmentación entre las distintas actividades de tipo económico y de tipo social, de tal suerte que hoy la racionalidad única del Derecho ha aparecido completamente; es decir, los distintos sectores jurídicos se globalizan desde el punto de vista de la universalización, pero al mismo tiempo comienzan a generar tribunales y doctrina propia, para hacer valer la lógica especial que corresponde a sus intereses. Además se presenta el fenómeno de la extensión de la facilidad de comunicación en el tiempo, la facilidad de trasladar nuestra responsabilidad, el daño que inflijamos, por ejemplo, al medio ambiente, a las generaciones futuras. Todo ello deviene en una crisis de la política (cuyas

*de la Facultad de Derecho de la UNLZ (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), N° 5, Buenos Aires, 2005, pág. 25; en el citado artículo, destaca que: “el Derecho no ha sido impermeable a las profundas transformaciones acaecidas en el mundo desde las vertientes económicas que, como resulta claro a partir de la observación empírica crítica, continua, a través del tiempo (diacrónica, en la concepción forjada por la Teoría Lingüística Estructural), precipitaron por ineludible derivación efectos consecuenciales de alteración en un amplio espectro de áreas de marcada relevancia jurídica...”; y prosigue citando –post scriptum–, a las inteligentes afirmaciones de Galgano (Vid. GALGANO, F., *La Globalización en el espejo del Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 17) y su convocatoria en cita al pensamiento del Premio Noble de Economía de 1993, Douglass North, en cuanto a que: “...el Derecho no es reflejo inerte de lo real, ni mera superestructura, sino que es razón determinante del desarrollo económico de la ingeniería tipológica de los Códigos de Derecho Privado que mantienen con la realidad una correspondencia jurídico económica, empíricamente detectable, como una suerte de fotografía a la cual, indefectiblemente, el tiempo torna inadecuada para dar cuenta actualizada del estado de situación que no puede representar en imagen con la fidelidad con que reproducía el que estaba con vigencia real al momento de su creación(...)”.*

posibilidades de actuación se han reducido drásticamente). Y a la par, el resurgir de la sociedad civil, particulares organizados, asociados en instituciones que suplen aquellas finalidades que la política no alcanza a realizar. Todo esto evidentemente plantea una forma completamente distinta de organización de la convivencia que a los juristas nos exige unos retos muy especiales porque requiere establecer nuevas formas de defensa de esos intereses que están en colisión y que ahora juegan con racionalidades diversas porque todas aspiran a tener su propia lógica, incompatible con la de los otros sistemas.

Con ello quisiéramos comenzar nuestro trabajo incitando e intentando hacer una apelación a los juristas para que busquemos nuevas fórmulas en defensa de esos derechos que nos conducirán a una nueva y más adecuada organización de la sociedad. Porque debemos tener claro que el Derecho es la única disciplina que permite incorporar valores de tipo moral, de tipo social, dar pábulo a todas las creencias, a todas las posiciones e integrarlas y traducirlas en normas para la convivencia; porque el Derecho es lo que regula los procedimientos democráticos que permiten que se entiendan quienes piensan de manera distinta y lleguen a soluciones aceptables para todos. El Derecho, sin distinciones entre público y privado, ni de ninguna índole, el Derecho como ciencia jurídica, nos permite también establecer de una forma acorde con la dignidad humana procedimientos coactivos para exigir la responsabilidad a quienes no están a la altura de las necesidades que plantea la sociedad actual; y también el Derecho es el instrumento que permite articular, orientar de una forma adecuada esas formas nuevas de organización, estos nuevos modelos de empresa de la sociedad civil sin las cuales es absolutamente imposible que la sociedad actual, con la complejidad que nos impone sobre todo ese fenómeno de la globalización, pueda funcionar. Además, solamente si se nos permite afirmar tajantemente, únicamente desde la aplicación del Derecho puede lograrse un renacimiento, un reforzamiento de las instituciones.

SECCIÓN I.- A PROPÓSITO DEL TEMA ELEGIDO

1. LA INCLINACIÓN POR EL CONTRATO OBJETO DE ESTUDIO

Cuando decidimos profundizar en el estudio del contrato de franquicia, lo hacíamos con la certeza de que el aporte bibliográfico y jurisprudencial no sería tan abundante en comparación con otras materias objetos de estudio, por lo que el reto se afianzó y tomamos la firme decisión de ir a la búsqueda de los elementos primordiales -a veces *in situ*- que configuran este vínculo que hoy se ha convertido en una práctica cotidiana, con un volumen vertiginoso, y de vital importancia a nivel tanto nacional como internacional.

La realidad, como es habitual y lógico, ha ido mucho más rápida y ha llegado mucho más lejos que el Derecho. Hoy, el contenido y espíritu del contrato de franquicia agrega un valor importante al contrato civil o comercial reconocido en nuestra legislación, puesto que en él se transmiten conocimientos, tecnologías y habilidades para un efectivo emprendimiento empresarial, y aún más reconociendo que su práctica internacional ha exigido en los diferentes países su regularización legal mediante la expedición de leyes específicas.

Sabiendo que es un contrato relativamente nuevo, se hace imprescindible poner atención a su desarrollo jurídico y legal, a través del mecanismo jurídico que asegure el respeto de los derechos de las partes intervinientes, así como también de los consumidores de los bienes y servicios que se ofertan mediante el sistema de franquicias.

Nadie puede desconocer que en los actuales momentos la internacionalización de la economía no sólo provoca la transferencia del conocimiento, sino que lleva implícitos otros elementos inmateriales que, dentro de las relaciones comerciales y específicamente en el marco empresarial, aportan a la economía. Las marcas, las patentes y el know-how han merecido el

establecimiento de escudos jurídicos protectores, toda vez que su intensidad y profundidad en todos los segmentos económicos, dan una manifestación de que la franquicia como tal se ha convertido en una herramienta de vínculos económicos y tecnológicos así como también como de servicios, por lo que su regulación es necesaria para asegurar una armónica relación dentro de la aspiración ganar-ganar.

Queremos dejar constancia que esta investigación que venimos realizando, tiene la convicción de provocar una actitud proactiva respecto del tratamiento jurídico que en el marco del derecho positivo se le debe otorgar en nuestro país. Los profesionales de la abogacía especializados en negocios internacionales, derecho mercantil, derecho económico, deberán también incorporarse al ejercicio de un perfeccionamiento legal claro y meridiano de este contrato de vital trascendencia y práctica internacional.

A) Ámbito del derecho privado

Encuadrando la materia objeto de estudio en su ámbito esencial, el DERECHO PRIVADO, podemos encauzarlo más concretamente dentro del derecho empresarial. Éste se basa en los usos y costumbres³ (y en un derecho *no*

³ Vid. GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, Edit. Laia, Barcelona, 1.981, pág. 95. Con cita de REBUFFA, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*, pág.120, señala la concordancia entre el sistema jurídico y el sistema económico. La costumbre, además, se transformó en un intenso motor unificador del derecho. Una clara muestra se vislumbra en el derecho europeo GUYENOT, J.P., *Contribución al estudio del Derecho Comercial comparado*, Eds. Jurídicas Europa-América, Ejea, 1.971, pág.11. En el derecho nacional se analiza de manera adecuada la temática de los usos y costumbres en: ROMERO, J. I., "Usos y costumbres en perspectiva actual. *RDCO*, 2.000, pág. 547; MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho sin ley (la costumbre como fuente)*, en *L.L.*, 1.979-B, pág. 321; CÁMARA, H., "La ley 17.711 y algunas de sus proyecciones sobre el Código de Comercio", *RDCO*, 1.968, pág. 385.

*monolítico*⁴) y éstos dejan traslucir una clara tendencia hacia la descentralización de la figura de la actividad empresarial⁵. Quizás la razón que fundamente esta directriz sea de corte económico: procurar disminución de costos y procurar eficiencia económica, en sus dos esferas (productiva o asignativa)⁶.

Algunos autores⁷ rechazan el modelo del excedente del consumidor como apropiado para resolver el balance entre eficiencias y efectos en el mercado, pues consideran que este modelo se fundamenta en la asunción incorrecta de que el bienestar de los consumidores está siendo sacrificado en aras de los intereses de las empresas y, consiguientemente del de las clases más poderosas; que el principal objeto del derecho competitivo es la consecución de la eficiencia en la producción de bienes y servicios. Otros⁸, por el contrario, defienden la necesidad de que los eventuales beneficios repercutan en beneficio de los consumidores para que puedan ser tomados en consideración; que todas las eventuales ventajas

⁴ Vid. COTTINO, G., *Diritto commerciale*, Cedam, Padova, Vol. 1º, 1.976, pág. 5.

⁵ Cfr. LORENZETTI, R L., "Contrato y negocio: la responsabilidad frente a los fenómenos de la descentralización empresarial", *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2.001-3ª (Daños en la actividad comercial), pág. 241.

⁶ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., "La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia Comunitario Europeo", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 242, Madrid, Octubre-Diciembre, 2.001, pág. 1950.

⁷ Vid. STOCKUM, "¿The efficiency Defense for Horizontal Merger: What is the Government Standard?", *Antitrust Law Journal*, 61, 1.993; KATTAN, "Efficiencies and Merger Analysis", *Antitrust Law Journal*, 62, 1.994; KATTAN, "The role of Efficiency Considerations in the FTC's Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, 64, 1.996.

⁸ Cfr. FOX – SULLIVAN, *Cases and materials on Antitrust*, St. Paul, Minn, 1.989, pág. 145; SULLIVAN – GRIMES, *The Law of Antitrust: An integrated Handbook*, West Group, 2.000, pág. 608.

económicas en ella consideradas como “precios más bajos”, “mejoras en la calidad del producto”, etc., son beneficios para los consumidores y que ninguno de éstos se produciría si cualquier ganancia en eficiencia fuera absorbida por las empresas en forma de mayores beneficios.

Pues bien, una forma de “descentralizar” las actividades empresariales sin que ello implique (necesariamente) una mengua en el crecimiento y en los beneficios que ello trae implícito se vislumbra en las redes contractuales de distribución⁹. Y cuando se hace alusión al convenio distributivo se lo hace en su sentido amplio, enfatizando fundamentalmente la actividad intermediadora¹⁰, en sus distintos subtipos contractuales (agencia, concesión, distribución propiamente dicha, y nuestro objeto de estudio, la franquicia).

B) Derecho de consumo y el contrato de franquicia

En este marco relacional de lo económico con lo jurídico se insertan dos importantes realidades: el derecho de consumo y el contrato de franquicia. Será objeto del presente trabajo también, procurar desentrañar justamente ese haz de relaciones existentes entre el derecho del consumidor (principalmente en el marco del Derecho de la competencia) y la franquicia. Ello teniendo en cuenta que los

⁹ Vid. FARINA, J. M., “La ruptura de la relación negocial en los contratos de distribución y concesión comercial”. *Doctrina Societaria y Concursal* (Errepar), Nº 186, mayo de 2.003, pág. 411; GERSCOVICH, C.G., y RIEZZONI, “Contrato de distribución”, *Derecho de daños*, La Rocca, 5ª Parte, pág. 79.

¹⁰ Vid. MOLINA SANDOVAL, C. A., “Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Dir.ALTERINI), Nº VI, Noviembre - Diciembre 2.001, pág. 75.

nuevos sistemas de distribución comercial están adquiriendo un “considerable desarrollo al amparo de este proceso de externalización”¹¹.

Constituye un hecho indiscutible el espectacular crecimiento que, desde fechas relativamente recientes, ha experimentado la franquicia en nuestro país (al igual que internacionalmente). En principio, las razones de tan acelerado crecimiento del sistema de franquicia en España se encuentran en la acuciante necesidad de adaptación de nuestro pequeño comercio, hasta hace poco, excesivamente tradicional e independiente. Pero no es menos cierto que numerosas y prestigiosas empresas con marcas ampliamente difundidas y que han venido comercializando productos y servicios mediante sistemas tradicionales de distribución, empiezan a emplear el sistema de franquicia para crear cadenas alternativas mucho más profesionalizadas y especializadas como medio de hacer llegar sus productos al mercado.

No obstante, confiar la explotación de un nuevo negocio de la red a otro empresario independiente y garantizar que la actividad de este último se adapte a las experiencias en las que fundamenta su posicionamiento en la empresa, requiere un previo planteamiento basado en el equilibrio de ganancias y de disciplina empresarial. Para ayudar a entender el fenómeno de la franquicia se han aventurado distintas explicaciones desde corrientes muy diferentes incluidas en la nueva economía institucional como la teoría de los derechos de propiedad, la teoría de los costes de transacción, la teoría de la agencia e incluso la teoría de la dirección estratégica.

¹¹ *Vid.* ALEGRÍA, H., “La responsabilidad por vicio o riesgo de los productos y servicios en el contrato de franquicia (incidencia de la ley 24.999)”, *RDPC, N° 18* (Responsabilidad contractual – II), Edit, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.998, pág. 309.

El enfoque de costes de transacción ha ofrecido algunas explicaciones sobre las causas por las que las empresas deciden desarrollar sus relaciones con clientes o proveedores, simplemente a través del mercado, internalizándolas en una administración jerárquica o mediante formas híbridas entre el mercado y la empresa, administrándolas con mecanismos contractuales de cooperación y control.

Irrumpe la franquicia como una forma híbrida de organizar las transacciones en las que la separación entre proveedores, intermediarios y consumidores apenas existe pues todos estos eslabones propios de cualquier canal de distribución se interrelacionan con la franquicia dentro de una misma organización.

Es a resultas de estas interrelaciones como y donde cobra especial relevancia la actuación de los agentes económicos individuales dentro de la franquicia, suscitándose debates en torno al conflicto de intereses entre los distintos miembros de la relación, la posibilidad de comportamientos oportunistas de los mismos o el diseño de adecuados sistemas de incentivos que reduzcan los costes de agencia a los que tales relaciones dan origen.

Aparecen los contratos de franquicia para formalizar las interrelaciones entre el franquiciador y sus franquiciados. Sin embargo, estos contratos no resultarán ajenos a los problemas planteados anteriormente para una relación de franquicia. Concretamente, pretenderán aminorar los inconvenientes habidos en las relaciones entre los miembros de la franquicia. No obstante, será necesaria supervisión de tales miembros lo que ocasionará costes considerables. Para afrontar estos costes, el contrato de franquicia plantea una separación entre la propiedad y el control de la franquicia. El franquiciador de cualquier enseña adquiere la propiedad de la misma mientras que el control será compartido tanto por el franquiciador como por sus franquiciados. Llegados a este límite la franquicia pudiera ser empleada como una estrategia distributiva de integración

vertical moderna proyectada mediante técnicas contractuales frente a la integración vertical tradicional que afecta a la propiedad.

La literatura sobre el tema es un fiel reflejo de la evolución arriba descrita¹², apreciándose un amplio grupo de trabajos que procurarán dar una explicación más completa a todas estas cuestiones. Si bien es cierto, que muchas de estas investigaciones presentan aspectos parciales de estas corrientes de la nueva economía institucional. Las marcas de franquicia tienen establecimientos con distinta estructura de propiedad. La elección entre la integración vertical o la franquicia para los puntos de venta de estas marcas es una decisión que pudiera ser tomada teniendo en cuenta principalmente la minimización de los costes de agencia y los costes de transacción. Sin embargo, no podemos olvidar que pueden existir otros factores como la captación de financiación que incidieran en la decisión de franquiciar establecimientos de una marca.

2. RAZONES ADICIONALES DE LA ELECCIÓN

El sistema de franquicia se desarrolla de forma imparable y contribuye de manera importante a la modernización del comercio, debido sobre todo a la situación de atonía económica en la que nos encontramos inmersos, tanto a nivel

¹² Así a finales de los ochenta, momento donde se produce la eclosión de esta figura en nuestro país, aparecen las primeras publicaciones con contenidos parcialmente jurídicos y eminentemente prácticos, destacamos: BESCÓS TORRES, M., "La franquicia internacional. La opción empresarial de los años noventa", en *Servicios de Estudios Económicos del Banco Exterior de España*, Madrid, 1989; CASA, F., y CASABÓ, M., *La franquicia (franchising)*, Gestión 2000, Barcelona, 1989; MENDELSON, M., "Guía práctica de la franquicia", *Biblioteca de Gestión*, Desléc de Brouwer, Bilbao, 1989; BESCÓS TORRES, M., *Factoriong y Franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Edit. Pirámide, Madrid, 1990; MARTÍN FONTANET, J.M., Manual práctico de la franquicia, *Cámara Oficial de Comercio e Industria de Teruel*, Teruel, 1990; RIGOL GASSET, J., *La franquicia. Una estrategia en expansión*, Edit. Einia, Barcelona, 1992.

nacional como europeo¹³. Sin embargo, pensamos que la investigación sobre la franquicia no ha seguido paralela a su desarrollo.

Las razones de este hecho, a nuestro entender, pueden ser de índole diversa: el desconocimiento de la franquicia a nivel académico (pese a las muy interesantes aportaciones existentes), el escaso estudio de las instituciones o empresas de distribución la falta de datos fiables sobre franquicia y la imposibilidad de obtenerlos o el hecho de las cláusulas de secreto de la franquicia que hacen difícil obtener respuestas de franquiciadores y franquiciados.

Existieron muchas disputas doctrinales respecto de la efectiva regulación de la franquicia; debate que no sólo tuvo difusión en nuestro país, sino también en otros continentes¹⁴. En nuestro derecho aún no existe un marco regulatorio concreto, pero sí han sido dictados sustanciosos pronunciamientos jurisprudenciales. Desde hace varias décadas que comienza a perfilarse (de manera más acentuada) una fuerte praxis comercial de esta modalidad contractual y una consecuente especialización de profesionales vinculados a este tipo

¹³ A pesar de que los datos de la última oleada de 2012 y la primera de 2013 se mantuvieran prácticamente en el mismo nivel, las perspectivas de obtener un empleo distinto también han sufrido una caída superior al 6% respecto al anterior trimestre. Este decrecimiento se intensifica y supera el 7% si se compara este valor de forma interanual, es decir, el segundo trimestre de este año con el anterior. España es el país con las perspectivas más bajas de la Unión Europea para obtener empleo. Mientras que la media nacional para conseguir un empleo similar y distinto en el año 2014 se sitúa en el 21,5% y el 22,4%, en el continente europeo alcanza el 49% y el 53%, respectivamente. Esta perspectiva se debe, sobre todo, por el ambiente social y laboral en el que se encuentra la ciudadanía. Esta desconfianza queda reflejada, además, con los últimos datos publicados por el Centro de Investigación Sociológicas (CIS), que indica que el paro, con más del 82%, y los problemas económicos, con el 35%, se encuentran entre las tres principales preocupaciones de los españoles.

¹⁴ Vid. PETERS, L., "Franchising to legislate, or not to legislate, that is the question", *Diritto del Commercio Internazionale*, Anno VIII, Fasc. 3/4, Giuffrè Editore, Milano, 1.994, pág. 615.

contractual, y ella fue precisamente la que nos incitó a realizar un profundo estudio sobre este tipo de modelo de empresa.

Al margen de las múltiples definiciones del contrato de franquicia cabe señalar que UNIDROIT lo ha definido de la siguiente manera:

Una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciador y un franquiciado en la cual el franquiciador ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado en aspectos tales como el know-how y la asistencia técnica; el franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y/o un procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciador, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos.

Así pues, nos encontramos entre los llamados contratos de colaboración comercial o mercantil, en los que un empresario acude a otros para que le ayuden en el desarrollo de su actividad. Estamos ante un contrato, de impronta norteamericana¹⁵, conocido con el nombre de *franchising*, y en su versión castellana actual, como franquicia o contrato de franquicia que, en principio, es una modalidad de otro contrato, de carácter atípico: el contrato de concesión mercantil¹⁶.

¹⁵ Como ocurrió en un primer momento con los contratos cinematográficos, y como el leasing o el factoring, que han conservado su propia terminología anglosajona.

¹⁶ El contrato de concesión o distribución comercial es un contrato de colaboración entre empresarios para la distribución de productos o servicios bajo una marca de prestigio. El *Reglamento de la Comisión de la CEE 1983/83* lo denomina “contrato de distribución en exclusiva” como contrapuesto al contrato de compra o aprovisionamiento en exclusiva que se refiere el *Reglamento 1984/83*, al de distribución selectiva o a través de revendedores autorizados y al de franquicia. El carácter atípico se puede entender como de naturaleza mixta, según el cual un empresario denominado concesionario adquiere el derecho a revender en una determinada zona los productos de una determinada marca que le suministra otro empresario

La separación geográfica existente entre los vendedores y los compradores, así como la imposibilidad de ubicar físicamente las unidades de producción junto a los consumidores finales hacen necesario el traslado de los bienes y servicios desde el lugar donde se producen hasta el lugar donde se consumen.

Por otra parte, la mayoría de los productores no tiene la posibilidad de un contacto directo con sus posibles consumidores y tampoco pueden establecer cadenas propias de puntos de venta. Se ven, por tanto, obligados a emplear el sistema de distribución existente para hacer llegar sus productos a los compradores, tratando de obtener al mismo tiempo el mayor margen de beneficio posible.

Ahora bien, el sistema de distribución no se reduce solamente a un desplazamiento físico del producto o servicio hasta el usuario o consumidor final. Es decir, no puede estudiarse como un acto aislado, sino que debe englobarse dentro del concepto de marketing¹⁷. La distribución comercial, por tanto, debe integrarse dentro del plan de marketing de la empresa si se considera la actividad distributiva básicamente necesaria para las empresas de servicios o si se considera una actividad, más que una fuente de competencia.

Es un hecho conocido por todos que la distribución comercial ejerce un importante papel no solamente en la actividad económica, sino también en el ámbito de lo social. El conjunto de intermediarios que constituyen el sistema comercial, del que hablaremos en los próximos epígrafes, "contribuye en una parte importante al valor de la producción en el conjunto de la economía configurándose

denominado concedente, actuando el concesionario en nombre y por cuenta propia, pero conforme a las condiciones fijadas por el concedente y bajo la supervisión del concedente.

¹⁷ Obsérvese en este sentido, LAFONTAINE, F. y SLADE, M.E., "Retail Contracting: Theory and Practice", *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 45, N°1, 1997, págs.1-25.

además como un sector que acoge a un buen número de empleos"¹⁸. Y razón de más para que todo ello propiciase un acicate para su estudio.

Pretendemos describir apoyándonos en una visión retrospectiva y actual del comercio y del mercado, la evolución que ha sufrido la distribución comercial, así como la existencia de una distinción entre la distribución física y un concepto de distribución relacionado más con el marketing o la comercialización. En el primer caso, también denominada logística se requiere utilizar medios empresariales como un almacén de distribución, camiones de transporte y/o intermediarios especializados como una empresa independiente, por ejemplo; en el segundo caso, sin embargo, la distribución es considerada como una red compleja de organizaciones agrupadas en una serie de múltiples combinaciones.

3. CONTENIDO JURIDÍCO-PRIVADO

Por lo expuesto, no resulta tarea fácil alcanzar un concepto del término “franquicia”¹⁹.

Así, en primer término, el art. 62. 1º LOCM dispone que por tal habrá de entenderse: *aquel acuerdo por el que una empresa, denominada franquiciadora,*

¹⁸ Cfr. VÁZQUEZ, L., “Las compensaciones en las relaciones de franquicias”, *Revista de Economía Aplicada*, 38(13), 2005, págs. 111–122.

¹⁹ En este sentido una primera definición la podemos encontrar según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) – en su vigésimo segunda edición -, en la cual aparece el término “franquicia” con las siguientes acepciones:

1. *Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público.*
2. *Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada.*

cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

De otro, el actualmente vigente Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero (por el que se regula, como estudiaremos más exhaustivamente, el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores), lo define en su art. 2º dicha actividad como,

Aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

- a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.*
- b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y*
- c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.*

Partimos que la amplia delimitación efectuada por la LOCM, en opinión de la doctrina mercantilista, da cobertura a acuerdos que no forman parte de la categoría desde un punto de vista económico, tal y como pudieran ser los contratos de licencia de know-how, cuando éste consista en, “un sistema de

comercialización de productos o de servicios, los de concesión, [...] y aun de distribución selectiva en que concedente o fabricante proporcione al concesionario o distribuidor un sistema propio de comercialización”, sin que en ellos esté presente uno de los rasgos definitorios del contrato analizado: la identificación total del establecimiento de franquiciado con el del franquiciador, mediante el uso de los signos de éste²⁰.

Podemos observar de un lado, que aun cuando es cierto que la mayoría de las normas relativas al contrato de franquicia, buscando directamente la defensa de la libre competencia, presentan una naturaleza mercantil, es posible que dicho régimen se muestre poliédrico, en la medida en que sus reglas, pese a dicho fin, habrían de tener un reflejo en el contenido jurídico-privado del contrato.

De otro que, como señala MARTÍNEZ SANZ, “probablemente lo más correcto sea entender que, en la actualidad, la franquicia es un contrato que goza de «tipicidad de configuración», aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia”²¹. De esta forma, cabe preguntarse cuáles han de ser las normas legales a las que habrá de acudir, aun cuando sólo sea a los efectos de seleccionar un patrón al que acudir cuando, ni las normas en la materia, ni la voluntad de las partes, hayan previsto una solución a los posibles conflictos (art. 1258 Cc)²², un planteamiento que, buscando determinar la naturaleza de la

²⁰ *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *RGD*, Madrid, 1995, págs. 613-614.

²¹ MARTÍNEZ SANZ, F., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 699-732.

²² Señala este precepto (Art.1258 Cc) que: *los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente*

franquicia, enlaza además, con una de sus principales características que lo define como un contrato de tracto sucesivo. Así, la franquicia aparecerá como un acuerdo por el que unas empresas permiten a la contraparte la reproducción idéntica de su negocio (o una parte de éste) sobre la base del uso de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular, de la asistencia técnica y la supervisión constante, a cambio de una prestación²³. Un contrato atípico, que fundado en la libre voluntad de los contratantes, está llamado a internacionalizarse -ante la aptitud que demuestra para la consecución satisfactoria de los fines pretendidos con su

pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Aquí encontramos los elementos necesarios de obligado cumplimiento en todo caso y en todo contrato: las consecuencias deducibles de la buena fe, los usos y la ley. Véase el comentario que sobre el citado artículo relativo al consentimiento hace, PASCUAU LIAÑO, M., “Comentario al artículo 1258 del Código Civil”, *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I, Edit. Comares, Granada, 2000.

²³ Para MOREJÓN GRILLO, en este sentido, es la empresa “J. M Singer”, la primera en utilizar dicha figura contractual, pues, ante las dificultades económicas por las que atravesaba, optando su creador por vender, “a sus comisionistas las máquinas de coser, a 60 dólares, las mismas que éstos vendieron, posteriormente, con un margen de utilidad razonable, y por las que la compañía Singer cobró un porcentaje a esos concesionarios, por otorgarles exclusividad en determinados territorios. A partir de ese momento, comenzó a cobrarles a sus vendedores, en vez de pagarles, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que hoy se denomina como el primer esquema de concesionarios en Estados Unidos”. Dentro de este esquema, también hay que señalar empresas como Coca-Cola o General Motors, que, ante la imposibilidad de emprender por sí mismas la distribución de sus productos, recurrieron a contratos de colaboración que, suponiendo la independencia jurídica del colaborador, les permitieron evitar la legislación antitrust. Con todo, es necesario tener en cuenta que, en el ámbito europeo, puede que la primera empresa en utilizar el sistema de franquicia sea la francesa “La Lainiere de Roubaix”, a principios del siglo XX. (Cfr. MOREJÓN GRILLO, A., “El Contrato de Franquicia”, *Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales*, Universidad de Málaga. www.eumed.net).

existencia -, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial, por razón de las circunstancias económicas y sociales convergentes²⁴.

Su actual situación dentro del ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta que las claras connotaciones mercantiles presentes han supuesto, en aras de la protección de la libre competencia, su sujeción a un conjunto de normas comunitarias de aplicación preferente, no lleva a mantener que estamos ante un contrato caracterizado tanto por afirmarse doctrinalmente como atípico, cuanto por presentar una doble vertiente civil-mercantil. De ahí que su normativa no pueda verse limitada a lo ya expuesto, ya que habrá de comprender todos aquellos otros preceptos que resulten necesarios por razón de la materia. En este sentido, y con una intención meramente ejemplificativa, es posible señalar las normas generales de contratación contenidas en el Código Civil – amén de aquéllas propias de las figuras afines y que resulten analógicamente aplicables, como la compraventa o el arrendamiento -; las leyes referentes a patentes, marcas y propiedad intelectual, en general; todo el conjunto normativo referente a la defensa de la competencia, la protección de datos, y, en última instancia, las leyes fiscales²⁵, por lo que el híbrido de normas recalcan y ensalzan a dicho contrato con un carácter jurídico-privado, más concretamente que ubicarlo definitivamente en una única doctrina civilista o mercantilista.

²⁴ Así podemos citar a modo de ejemplo; el incremento de la población y por ende del poder adquisitivo, el retorno de unos excombatientes carentes de formación superior, la aparición cada vez a mayor ritmo, de nuevas tecnologías, etc.

²⁵ Para algún autor no existe ningún Convenio Internacional que contenga normas materiales sobre la franquicia. Sin embargo, tratándose de franquicias internacionales, pudiera ser de aplicación el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “*La Franquicia*”, Edit. Trivium S.A, Madrid, 1991.

Con todo, consideramos que para finalizar esta somera exposición hay que tener especialmente presente que la franquicia, como se ha señalado, nace al amparo del principio de autonomía privada de la voluntad, un origen que obliga a situar en el centro de las normas que constituyen su marco jurídico aquéllas fruto del acuerdo entre las partes para las que son ley – art. 1091 Cc -, y; *siempre que los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, [...] no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público*, art. 1255 Cc²⁶.

SECCIÓN II.- EL VALOR PERMANENTE Y CONTINGENTE DE LA FRANQUICIA

1. JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO

La economía mundial se ha venido caracterizando por mercados vulnerables a la incertidumbre y una generalizada inestabilidad de precios que conlleva al desconcierto de los inversionistas y los empresarios debido a que no existe un horizonte claro de información en los *nubarrones* levantados por la crisis del 2008 y la coyuntura adversa que aún no suelta por completo los brazos obstinados de una Europa condicionada y marcada por la crisis y el desempleo,

²⁶ A la hora de introducirnos en nuestro Derecho de contratos, todo jurista tiene ante todo presente el precepto que se enseñará en él como el gran eje del mismo: el artículo 1255 CC. Señala este precepto que, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público. Está bastante asimilado, que la autonomía privada es el poder de dictarse a uno mismo una regulación basada en la libertad individual de los contratantes. Desde un punto de vista institucional, esta autonomía debe considerarse realmente un principio general del Derecho (es uno de los grandes pilares inspiradores de nuestro Derecho privado), principio perfectamente vigente hoy día, pese a que los principios de la economía social vigente implican algo más de intervencionismo público, con el consiguiente recorte a la autonomía de la voluntad. Ese principio, además, es norma jurídica, pues se ha plasmado en un precepto concreto de una norma positiva concreta, como este comentado, artículo 1255 del Código Civil.

mientras los países en vías de desarrollo, buscan desesperadamente nuevos caminos que les ayuden a encontrar mejores perspectivas de crecimiento interno que les impulse a alcanzar mejores indicadores para sus habitantes.

Bajo este contexto es imprescindible pensar en el fortalecimiento del mercado interno, de crear nuevas alternativas que impulsen el desarrollo desde lo local con mejores estrategias gerenciales que poco a poco desdibujen los viejos paradigmas del mercado. Es entonces cuando se advierten las interesantes oportunidades que las franquicias tienen para los inversionistas con el afán de robustecer la dinámica del mercado interno bajo un estilo de negocios seguro y confiable a mediano y largo plazo.

El modelo de franquicias en nuestro país ha venido cobrando una especial importancia en la actualidad ya que su versatilidad permite a los franquiciados adoptar un modelo exitoso de negocios y a su vez adquirir la disciplina propia del franquiciador, la cual catapulta su modelo de negocios a otras latitudes y a su vez la enriquece creando un círculo virtuoso para ambos²⁷. Así mismo, al poder establecer las estrategias de negocio en otros mercados, con distintas tradiciones y costumbres, la marca se nutre de nuevas tendencias. Las pequeñas y medianas empresas deben de conocer sus opciones de negocio y en base a ello enfocar sus estrategias para aprovechar las oportunidades que el entorno les ofrece en un mundo cada vez más cambiante en donde internet y las redes sociales conforman una amplia gama de mercado en cualquiera de sus modalidades con un público cada vez más conocedor e inquieto por descubrir nuevos productos que le

²⁷ La Asociación Española de Franquicias en sus informes anuales destaca una y otra vez desde la implantación en España de este modelo de negocio, que dicho sistema de colaboración empresarial sigue haciendo frente a la crisis económica que se atraviesa, no sólo a nivel nacional sino internacional, y recalca que se ha convertido en una modalidad de negocio capaz de generar empleo en una coyuntura tan adversa.

ofrezcan satisfacción y calidad. Es bajo este ámbito en donde las franquicias deben de encontrar un nicho de negocio capaz de captar las diversas motivaciones del consumidor. De manera especial, más que tomar el modelo de franquicia extranjera por parte de un emprendedor nacional, es motivo de empeño de las autoridades españolas, el crear políticas que incentiven el desarrollo de modelos franquiciables que puedan ser promovidos en el exterior, para de esta manera poder convertirnos en exportadores líderes no sólo en América Latina, sino en Norte América, Europa y Asia.

Podemos observar que conforme crece el desempleo, en este ciclón de la crisis que se ha llevado por delante miles de puestos de trabajo, el sistema de franquicias arroja cada vez más datos positivos. Y no lo hace sólo en el trabajo, sino también en el número de marcas, establecimientos y en facturación. El papel preponderante de este modelo de negocios, debido a su versatilidad y a su derrama de conocimientos gerenciales estratégicos, han ayudado a enriquecer la cultura organizacional en estos lugares, consolidando así de manera paulatina una estrategia más audaz, responsable y emprendedora. Juntos, sociedad y gobierno, deben de ser conscientes de la necesidad de crear nuevos canales de inversión y de hacer más flexible la manera de hacer negocios para lograr las metas básicas de la política económica a nivel interno, que son, la estabilidad de precios y el pleno empleo. Es entonces cuando la difusión y capacitación de modelos innovadores como las franquicias cobran especial relevancia en las agendas de todo empresario que desee franquiciar su negocio o bien encontrar su compra, el camino más económico y seguro de lograr los objetivos estratégicos que se hubieran planteado.

La búsqueda de nuevos mercados debe ser la visión que acompañe siempre el espíritu emprendedor de los inversionistas; es así que el exportar franquicias nacionales será determinante ya que no sólo se internacionalizan las estrategias gerenciales sino que a su vez, se comparte con el mundo su cultura

responsable de hacer negocios, convirtiéndola en otro tipo de “poder blando” (“soft power”)²⁸ para los ámbitos político y económico internacionales en los cuales nuestro país busca retomar su senda de liderazgo.

Las bases de una nueva cultura de hacer negocios se está gestando bajo un clima de aprendizaje responsable e informado de las necesidades y exigencias de un consumidor cada vez más voraz y decidido a solicitar la oferta de bienes de las más diversas características, a las cuales los empresarios no pueden ser indiferentes. Es necesario tener el compromiso de una visión responsable y siempre apegada a la nueva manera que va cobrando la economía real en sus más diversos ámbitos y para ello hacen falta empresarios cautelosos pero a la vez atrevidos y optimistas, confiados en estrategias fundadas en valores comprometidos con la calidad, con un adecuado servicio y en solucionar las muchas necesidades que el consumidor va generando en su paso de transformación social y en ello las franquicias encajan oportunamente ya que promueven una pujante sinergia entre franquiciadores, franquiciados y consumidores que definitivamente estimula la competitividad y mejora la calidad de vida de miles de personas que buscan el bienestar financiero para sus familias y sus localidades.

Fue por ello, por lo que elegimos este modelo de negocio, modelo de estudio que pretendemos confrontar analizando sus conflictos y estudiando en la mayor medida de lo posible su contenido, así como formar a quienes lo necesiten, y ser un acicate para todos aquellos que deseen emprender un nuevo tipo de negocio -en definitiva de empresa mercantil-, cuyo presente es sano y cuyo futuro está lleno de certidumbre y buenos augurios.

²⁸ Término usado en relaciones internacionales para describir la capacidad de un actor político, como por ejemplo un Estado, para incidir en las acciones o intereses de otros actores valiéndose de medios culturales e ideológicos, con el complemento de medios diplomáticos.

La franquicia es una vía de actividad económica cada vez más importante, que avanza y resiste mejor la crisis y logra un desarrollo económico a pesar de ella. Es un sector que genera empleo y cuenta con un modelo sólido con capacidad de generar beneficios a todos los operadores del mercado, además de tener una enorme proyección, cada vez más extensiva a todos los países que integran el mercado mundial. Con la adopción de un modelo económico como el que ha supuesto la globalización y la apertura de los mercados, se generaron grandes niveles de desempleo afectando nuestro sistema económico, por lo que se resalta la necesidad de buscar otras formas de generar empleo o bien de autoemplearse. Cuando se piensa en crear un negocio se busca una idea original o bien una idea existente que se copia de una empresa exitosa; pero en el mundo globalizado en el que se están desarrollando los negocios, es posible emprender un nuevo negocio a través de un modelo ya probado, o bien es posible generar un modelo atractivo, de variados perfiles y adaptado a las nuevas necesidades y tendencias del mercado, a pesar de la ausencia de una regulación jurídica específica; es decir, franquiciar.

2. SOLIDARIDAD ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO

El contrato de franquicia reviste especial importancia para las empresas productoras de bienes o de servicios por lo que se refiere a la colocación de sus productos en el mercado. En efecto, hasta hace poco tiempo, el productor/fabricante que intentaba el desarrollo de su empresa y la lógica consecución de un lucro, podía utilizar dos vías para conseguir su pretensión: o colocaba él mismo sus productos utilizando redes de filiales o sucursales, u optaba por la utilización y la colaboración de un tipo especial de colaborador del empresario como es el agente.

El *franchising* vino a alterar esta situación. El productor/fabricante contaba con un método mucho más eficaz que los anteriores, posibilitando una mayor divulgación de los productos de su marca, pues a través de este nuevo contrato el

llamado franquiciador (*franchisor*) concede su marca -y sus servicios- al franquiciado (*franchisee*). Esta colaboración supone la solidaridad comercial entre ambas partes.²⁹

De esta situación obtiene el *franquiciador* importantes beneficios, entre otras razones porque, al existir muchos más puntos de venta, la marca se conoce más y penetra de un modo muy considerable en el mercado, situación que gana entidad si el franquiciador es una empresa exportadora.

El *franquiciador* ve ampliarse su mercado, sin necesidad de una inversión tan cuantiosa como le exigiría, por ejemplo, el establecimiento de sucursales y cuenta además con los pagos que le hace el franquiciado. Para el *franquiciado*, por otro lado, surgen del mismo modo una serie de ventajas que pueden concretarse en el hecho de que no tiene que hacer una gran inversión ni desembolso inicial y sin embargo dispone de una marca con la que puede comerciar.

Pero, desde el punto de vista de la financiación, surge otra ventaja cual es el hecho de que, siendo conocido el franquiciador con el *aval* de su prestigio o reputación, será más fácil para el franquiciado la obtención de un crédito bancario³⁰, generalmente necesario en el inicio de la actividad.

²⁹ Este carácter solidario fue destacado en el Tribunal de Primera Instancia de París por Decreto de 28 de Abril de 1978 al definir el contrato de franquicia como: "el método de colaboración entre una marca (franquiciador) y un conjunto de empresarios individuales (franquiciados) que se constituyen en su cadena de distribución persistiendo como característica fundamental la solidaridad comercial entre ambas partes."

³⁰ En la actualidad las Comunidades Autónomas y el Gobierno Central ofrecen diferentes líneas de financiación y subvenciones disponibles para empresarios, autónomos y emprendedores, a través de diferentes organismos. El Instituto de Crédito Oficial (ICO) o el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) son dos organismos públicos estatales que otorgan soporte al

Surge también la figura del *consumidor*, tercero beneficiario de la situación, que tiene acceso a una gama de productos más diversificada, cuyos precios están sujetos a una política previamente estudiada, que toma en consideración la zona de implantación del franquiciado y consciente de la garantía de las cualidades del producto, el comprador dispone de mejores condiciones de adquisición.

Estos factores enunciados justifican, por sí solos, el gran desarrollo del *franchising*, sistema de cooperación y colaboración entre empresas, entre empresarios, que facilita la optimización del capital y la iniciativa empresarial por lo que se perfila como una de las grandes modalidades contractuales del siglo XXI, entre otras cosas porque, normalmente, afecta a productos o prestación de servicios en sectores básicos como el de la alimentación, hostelería, ropas, equipamiento de hogar, etc., y a través de grandes y medianas cadenas de distribución, vinculadas entre sí por un contrato que obliga al franquiciado a pagar un canon o *royalty* a cambio de poder disponer, y ofrecer a su clientela (que necesariamente se verá ampliada) productos o servicios que están muy prestigiados debido a su proceso de fabricación o a la publicidad que el franquiciador habrá hecho de ellos (publicidad de la que se beneficia el franquiciado) y que se basa en bienes de la llamada, en términos muy generales, propiedad industrial (así patentes, marcas, etc.).

El contrato de franquicia constituye una figura contractual de relativa antigüedad que ha alcanzado un notorio auge y desarrollo en los actuales

empresariado español. A través de sus páginas web se puede acceder a todo tipo de información relativa a la financiación y soporte de diferentes proyectos empresariales.

tiempos,³¹ sobre todo con la serie de transformaciones económicas, dirigidas principalmente a fortalecer la apertura comercial y la economía de mercado³².

En efecto, los fabricantes siempre buscan diversos mecanismos para asegurar la introducción de sus mercancías y, a la vez, la protección de sus derechos. De ahí surge la tendencia a la creación e innovación permanente mostrada por los operadores económicos, que conduce inexorablemente a la continua creación de nuevos contratos³³ como son los contratos de franquicia de distribución. Estos contratos son unos instrumentos muy apropiados para la penetración en los mercados exteriores, sobre todo, para las empresas que quieren vender productos o servicios en el mercado europeo, puesto que permiten superar las principales dificultades que plantea la distribución comercial internacional de carácter regional como es la de ese ámbito.

Así también, dentro la Unión Europea, estos contratos responden de forma muy directa a la necesidad de internacionalizar la estrategia comercial de las empresas europeas en el marco del mercado interior. Es un objetivo principal para

³¹ Este contrato conlleva ventajas económicas “fundamentalmente en el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas”, *Vid.* VEGA PENICHET, L., “El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia”, *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, Mayo-Septiembre, 1988, Nº 5, pág. 321.

³² “La actividad económica actual revela una tendencia a la creación y a la innovación en todos los ámbitos del comercio, a la complejidad creciente de las estructuras y de las operaciones, a la inestabilidad de las relaciones y a la precariedad de las situaciones, a la fuerte intelectualización de la gestión empresarial y de sus operaciones y al desarrollo de la internacionalización de las empresas y de sus operaciones”. *Vid.* PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1999, pág. 21.

³³ Estos nuevos contratos, en su mayoría, están ausentes de una regulación específica legal. Así, el contrato de franquicia es uno de aquellos que tiene un vacío normativo específico.

las empresas europeas el incrementar los esfuerzos de comercialización en todo el territorio comunitario. Como es asimismo un imperativo el acatamiento de las normas del Derecho comunitario de la competencia.

Surgen también criterios, tales como que para sentar las bases de la apertura comercial y la economía de mercado es generalmente necesario promulgar nuevas normas orientadas a la supresión de distintas restricciones al comercio, especialmente aquellas impuestas a la importación de productos, pero sin descuidar las normas relativas al Derecho de la competencia. Indudablemente estas nuevas normas conllevarán un incremento considerable en las importaciones de productos por las ventajas que ofrecen al consumidor, tales como la variedad, la calidad y el precio.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FRANQUICIA COMO NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN III.- NUEVAS ORGANIZACIONES ESTRUCTURALES

1. ORGANIZACIONES MULTIFACÉTICAS

Este modelo de negocio de vital importancia como queda subrayado y recalcaremos a lo largo de nuestro trabajo, hace que su estudio haya cobrado interés especial –y de hecho nuestro cometido es que aumente cada vez más su análisis y reflexión pues creemos que puede contribuir a una mayor expansión empresarial y por ende, creación de empleo, bases de una economía estabilizadora de cualquier país-, siendo multifacético ya que puede ser considerado a través de diferentes ópticas. Mientras que los economistas analizan el impacto que las franquicias tienen en el crecimiento económico, otros investigadores intentarán comprender este fenómeno desde la perspectiva de entender su naturaleza, su estructura, las relaciones, el manejo de conflictos e incluso los aspectos legales que conlleva el establecimiento de este tipo de organización económica; nuestro cometido, por otra parte, será analizar la franquicia desde una perspectiva jurídica, una perspectiva que trate de soslayar todas las dificultades que tiene la falta de regulación específica.

Y de los primeros obstáculos a los que nos enfrentamos cuando lo estudiamos es su propia definición y más aún cuando existe una gran divergencia en los diferentes sistemas de franquicia. Si además lo estudiamos –como haremos- en el contexto internacional, la diversidad de tipos de franquicias que existen se multiplica y esto puede ser producto de que a nivel internacional se reconocen otros arreglos no legales aceptados como franquicias y que en algunas ocasiones se trata de meros arreglos verbales, miembros de asociaciones de cooperativas, franquicias maestras, relaciones de empleo y departamentos de arrendamiento. En suma, no tenemos una *fotografía* clara, de interpretación como un todo, que ayude a uniformar la definición de franquicia en términos

internacionales. Sin embargo estudiosos del tema han concluido que existen algunos aspectos relevantes en la literatura que deben de ser subrayados³⁴.

Para considerar un sistema de franquicia debemos encapsular las características de este modelo de empresa en cuatro principios básicos; el principio de uniformidad y estandarización, la formalización de compartir los ingresos, el control operacional y, por último, al principio de continuidad.

A) Principio de uniformidad/estandarización

El primer postulado básico de dicho modelo de negocio hace referencia al principio de uniformidad/estandarización. Este principio se refiere al hecho de que debe existir uniformidad a lo largo de las diferentes unidades dentro del sistema. Es quizás el elemento clave de los sistemas de franquicias, el factor que mayor influencia ejerce. Es el principio que garantiza a los clientes y consumidores que el producto/servicio entregado tendrá consistencia en tiempo y localidad. Para poder entregar consistencia, los dueños de las franquicias deben ser capaces de atomizar el proceso de negocio, perfeccionando cada uno de los elementos de los servicios y productos que ofrecen, antes de licenciarlos, es decir a través del tiempo deberán ser capaces de implementar mejores sistemas, probando nuevos métodos y refinándolos. En un sentido más amplio la tarea es diseñar prototipos, que serán probados y evaluados y una vez que hayan sido perfeccionados es entonces el momento en el cual deberán de venderse como franquicias. Lo anterior favorece la compra de franquicias ya que da certeza al futuro inversionista en lo que va a comprar, disminuyendo el sentimiento de que simplemente será

³⁴ Cfr. DANT, R., PASWAN, A.K. y KAUFMAN, P.J., "What We Know About Ownership Redirection in Franchising: A Meta-Analysis", *Journal of Retailing*, Vol. 72, 1996, págs. 429 y ss.

“usado”; hay que recordar que un franquiciador busca disminuir los riesgos asociados al iniciar un negocio propio.³⁵

B) Principio de continuidad

Otro principio que se debe considerar en estas relaciones contractuales es el denominado principio de continuidad. Se refiere al deseo de longevidad, de relaciones a largo plazo, así como el deseo de éxito. Para ello cada uno de los miembros del sistema aporta una parte de sí: por su lado el franquiciador provee al franquiciado de un soporte que incluye actividades tales como el entrenamiento/capacitación, sistemas de administración, servicios de consejería, apoyo en la publicidad y estrategias de mercadotecnia y de negocio que garanticen que el principio de continuidad se cumpla. En retorno, el franquiciado aporta su tiempo, esfuerzo, talento administrativo y acepta el contrato que establece el pago de regalías, tarifas etc., así como la pérdida de cierta autonomía operacional.

C) Principio de formalización de compartir los ingresos

El principio de *formalización de compartir los ingresos* hace referencia a la idea de que para que un sistema de franquicias opere, es necesario el pago de cánones y regalías basadas en los ingresos y las ventas, principio de la base de la operación financiera de la relación franquiciador-franquiciado que se sustenta en la base de conformidad y estandarización.

³⁵ Cfr. BAI, CHONG-EH. y ZHIGANG, TAO., “Contract Mixing in Franchising as a Mechanism for Public-Good Provision,” *Journal of Economics and management Strategy*, Vol. 9, (1, Spring), 2000, págs. 85-114.

D) Principio de control operacional

Y por último, el principio de control operacional, que se refiere a la noción de que el franquiciador ejerce control sobre las operaciones del franquiciado para asegurar que los otros principios no sean violados.

2. PROLIFERACIÓN DE DISTINTOS CANALES DE DISTRIBUCIÓN

Como observamos, en los últimos años están proliferando distintos canales de distribución organizados, caracterizados por un sistema de interrelación y de actuación coordinado que permite reducir sus costes de funcionamiento y aumentar la rentabilidad de las operaciones.

La organización de los distintos componentes de un canal de distribución será diferente si atendemos a las distintas características de dichos miembros³⁶. Destaca como rasgo principal de las diversas estructuras comerciales el grado de integración de los canales de distribución.

Tradicionalmente, según el grado de integración formal que observan las empresas, se ha considerado una división de las formas de organización del comercio o de la distribución en tres grandes apartados: comercio independiente, comercio asociado y comercio integrado³⁷.

En los últimos años, sin embargo, se está observando una verdadera ebullición en el terreno de la distribución comercial manifestándose en el creciente

³⁶ Uno de los principales problemas con que se enfrenta el investigador es la no existencia de homogeneidad y consenso en la denominación y descripción de las diversas formas o estructuras comerciales (Dirección General de Comercio Interior, 1994). Cfr. DAVISON, W.R., BATES, A. y BASS, S.J., "The retail life cycle", *Harvard Business Review*, Vol. 54, N°6, Noviembre-Diciembre, 1976, págs. 89-96 ; KOTLER, P., *Dirección de marketing*, Prentice-Hall, 7ª ed, Madrid, 1992; LAMBIN, J.J., *Marketing estratégico*, McGraw-Hill, 3ª ed, Madrid, 1995.

³⁷ Cfr. DAYAN, A., *Manual de la distribución*, Les Editions D' Organisation, París, 1975.

impacto del comercio asociado e integrado en el desarrollo de las grandes superficies y en la aplicación de nuevas tecnologías. Por otra parte, la dualidad del comercio tradicional independiente y las grandes empresas y organizaciones comerciales ha dado paso a distintas formas de integración y asociacionismo horizontal y vertical. No obstante, el actual mantenimiento de los canales independientes (en los que no existen relaciones organizadas entre sus componentes) se puede deber a que, en vez de preferir obtener economías de escala, se intenta conservar la flexibilidad en la adaptación del surtido a los cambios y a la preferencias de la clientela; o se puede deber también a la propia historia del desarrollo del canal de distribución como las actuaciones legales destinadas a romper la integración excesiva, por ejemplo.

A) Integración y coordinación del canal de distribución

El objetivo es mantener el comercio tradicional, pero actualmente existe una tendencia hacia la integración y coordinación en el canal de distribución entre las empresas de distribución. El fabricante se ha centrado en la producción y diseño de sus productos confiando a los distribuidores las tareas de distribución. De este modo, el productor va perdiendo peso en el control ganándolo las grandes organizaciones de distribución que imponen precios de venta, calidad, promociones, imagen del producto, etc. de acuerdo con sus propios intereses y no con los del fabricante. El nivel de eficiencia viene coadyuvando al grado de integración de los canales de distribución, siendo éste menor cuando aquellos están menos integrados, pues la ausencia de dirección en el canal de distribución dificulta la coordinación de las actividades realizadas por los diferentes miembros del mismo. Entre los factores que influyen en el grado de integración están el nivel de competencia existente en los mercados, la concentración de la oferta de los proveedores, la complejidad de las políticas de *merchandising* que se deban desarrollar y la tecnología utilizada. El proceso de integración, por tanto, consiste en la concentración de instituciones del mismo o distinto nivel del canal de

distribución. Concretamente cuando dicha concentración aparece entre instituciones del mismo nivel estaremos ante una integración horizontal frente a aquella otra denominada integración vertical en dirección al mercado o a los proveedores. Las cooperativas de consumidores y el sucursalismo son dos ejemplos de comercio integrado vertical y horizontal, respectivamente.

Sin embargo, la integración no sólo se refiere exclusivamente a las funciones de aprovisionamiento y distribución física que son importantes para obtener economías de escala, sino también hace referencia a las funciones de apoyo como instituciones de préstamo o financieras que faciliten las operaciones de clientes, la gestión y la contratación de medios publicitarios etc. En la distribución comercial la consecución de economías de escala mediante el tamaño del establecimiento de venta no es tan relevante como poder pertenecer a grandes cadenas de distribución las cuales facilitan a aquellas empresas de menor tamaño, la capacidad de negociación y de gestión que no podrían conseguir, si actuaran independientemente.

Y en este sentido podemos observar que las cadenas sucursalistas permiten varias posibilidades organizativas en combinación con otras formas de comercio asociado e integrado dando lugar a las grandes superficies como son los hipermercados, los grandes almacenes y los almacenes populares sin olvidar a las cooperativas de consumo y tiendas de descuento. Debemos mencionar que entre los dos extremos, comercio independiente y comercio integrado, están las distintas formas de asociacionismo horizontal o vertical que constituye el comercio asociado³⁸ como son: almacenes colectivos de detallistas independientes,

³⁸ Cfr. PERIS, M. F., GUERRERO. P., y ROMERO. M., *Distribución comercial*, Edit. Esic, Madrid, 1996. E igualmente y en el mismo sentido, DÍEZ DE CASTRO E., *Distribución comercial*, Edit. McGraw-Hill, Hispanoamericana, Madrid, 1997.

centrales de compra, cooperativas de detallistas, cadenas voluntarias, afiliación contractual, concesión³⁹, venta piramidal⁴⁰ .

SECCIÓN IV.- PERSPECTIVAS DE LA FRANQUICIA

1. PERSPECTIVA COMERCIAL

Podemos afirmar que las franquicias ofrecen éxito y rentabilidad sobre la base de una experiencia profesional y empresarial acumulada por el transcurso del tiempo (y por ende, del negocio objeto de traspaso). El negocio consistirá en atraer nuevos empresarios (independientes) atraídos por la rapidez expansiva y probada de un negocio, consiguiéndose de dicha forma una asociación entre estos empresarios y formándose como fruto de esa relación, una organización más experimentada y con mayores éxitos y beneficios para ambas partes. A una, se les enseñará acercarse más a un potencial consumidor (ya consolidado), mientras que a la otra, le permitirá explotar un negocio ya experimentado, especializado y con el que podrá competir con mayores garantías frente a otras formas de distribución. Así podemos seguir afirmando que las franquicias son negocios en

³⁹ La concesión tiene puntos comunes con la franquicia como son el método de implantación y la promoción de una marca nacional, exclusividad territorial, obligaciones de compra, selección de los productos de venta etc. Sin embargo, existen ciertas diferencias en cuanto a la presentación de los servicios de una parte hacia la otra. En la franquicia, la aportación y la ayuda del franquiciador hacia el franquiciado es completa y permanente. Una figura de la concesión es el *licensing*. Se trata de una técnica con la que se concede al fabricante que desee, una marca conocida para explotarla pagando un canon y, sin que el que concede la marca, se obligue a nada más que a garantizarle la exclusividad en un espacio geográfico y durante un tiempo determinado.

⁴⁰ La venta piramidal consiste en hacer comprar a cierto número de personas un stock de mercancías que, a su vez, han de revender a otro grupo de personas que buscarán obligatoriamente otro grupo de compradores y así sucesivamente.

donde tanto el franquiciador como el franquiciado establecen una relación de ganancia de utilidades para satisfacer una necesidad inherente de los consumidores. A los dueños de las franquicias se les ocurre una idea, que desarrollan y perfeccionan a través de la implantación de un modelo de negocio propio, que han probado en el mercado, y que posteriormente venden a los inversionistas interesados; esta práctica provoca que el emprendedor se pueda expandir rápidamente a otros mercados. Por otro lado los que adquieren una franquicia están dispuestos a invertir capital financiero y humano, su pasión y motivación. Como mencionamos, la relación entre ambas entidades está gobernada por un contrato⁴¹. Este es el elemento único que lo hace diferente a los otros negocios. Más allá de esta peculiaridad, las franquicias como negocios que son, para ser exitosos deberán de comprender: las necesidades de los clientes, identificar a los clientes y a que segmentos de mercado van a servir, estimar la demanda potencial y real del negocio, tomar decisiones estratégicas, desarrollar plataformas de posicionamiento y finalmente definir la mezcla de mercadotecnia así como implantar planes estratégicos a toda la corporación.

2. PERSPECTIVA EMPRESARIAL

En principio parecería que las franquicias por su naturaleza promueven el espíritu emprendedor y por lo tanto el sueño de algunos inversionistas que buscan iniciarse en el ámbito empresarial, constituye uno de los mecanismos más seguros y de menor riesgo para los emprendedores.

Pero tenemos que dejar constancia de que existen estudiosos del tema que apuestan claramente por lo contrario, la relación de franquiciado-franquiciador

⁴¹ PASWAN, AUDHESK, C., WITTMAN, M., "Intra, Extra, and Internets in Franchise Network Organizations," *Journal of Business-to-Business Marketing*, 11 (1/2), 2004, págs. 103-129.

supone una relación más de empleado/ administrador que de emprendedor, ya que con anterioridad se establecieron las políticas y procedimientos de operación de la franquicia y eso es lo que compra el inversionista en franquicias. Es cierto que es poco deseable que cada una de las unidades operadas por los diversos franquiciados no deban de actuar independientemente ya que características (o principios, como hemos señalado con anterioridad) como la conformidad y estandarización así como la obtención de las utilidades, la continuidad y el control operativo quedarían comprometidos.

Así, la satisfacción del inversionista dependerá de que se sienta identificado con el control de la empresa, así como su percepción como emprendedor. Para evitar la posibilidad de que surja un conflicto derivado de la "personalización" de la franquicia, ambas partes deberán de llegar a un acuerdo en términos de objetivos, aspiraciones, jurisdicciones operativas y control, además de poder motivar a los empresarios a aportar las ideas frescas e innovadoras; ellos son una magnífica fuente para lo anterior.

Éste ha sido uno de los temas que los investigadores han tratado de descifrar. Se puede decir que prácticamente el estudio de los determinantes para optar por una franquicia ha sido llevado a cabo a través de tres líneas de investigación. La primera de ellas, las razones de mayor importancia para optar por una franquicia, se encuentran relacionadas con pertenecer a un grupo con una marca reconocida, evidentemente éste es uno de los motivadores que mayor importancia tiene para los futuros inversionistas, además de lo anterior otras razones que se han identificado están relacionadas con el apoyo que reciben de las franquicias que facilita la administración de un negocio. Otra línea de investigación, como señalan DANT, PASWAN Y KAUFMANN⁴², se da al análisis

⁴² DANT, R.P., PASWAN, A.K. y KAUFMAN, P.J., "What We now About Ownership Redirection in Franchising: A Meta-Analysis", *Journal of Retailing*, Vol. 72, 1996, págs. 429-444.

de los factores que determinan la personalidad del emprendedor como lo son: necesidad de logro (asociada positivamente a la satisfacción post –venta); necesidades de seguridad (aversión al riesgo) etc. Finalmente la tercera línea se ha enfocado en el estudio del tipo de trabajo, profesión que desempeñan los posibles inversionistas como uno de los determinantes en la formación de percepciones relacionadas con su forma de ver y evaluar a la franquicia; por ejemplo en un estudio realizado en 2004, PASWAN y sus colaboradores encontraron evidencia que soporta la idea de que dueños actuales de franquicias perciben que ellos son emprendedores y por lo tanto serán más susceptibles de volver a invertir en la compra de otra franquicia. Resumiendo las respuestas halladas por los investigadores favorecen a los dueños de las franquicias ya que han ayudado a redireccionar las estrategias, de reclutamiento, motivación y promoción basándose en los hallazgos de los investigadores, este campo de investigación promete mucho desarrollo.

A nuestro entender como todo negocio, las franquicias nacen como un sueño, el emprendedor moldea ese sueño, toma el riesgo y crea algo diferente, propio con características individuales, crea algo nuevo. Es por ello que se consideran los grandes emprendedores los que crean una franquicia. Con la evolución del negocio, el rol de emprendedor cede su paso al rol del empresario.

3. PERSPECTIVA SOCIO-ECONÓMICA

Se ha sugerido en la literatura que las franquicias son muy eficientes para ganar penetración de mercado y que ésta supone la razón por la cual los dueños de las franquicias requieren crecer lo más rápidamente posible, tanto en localidades urbanas como en ciudades más pequeñas. Las franquicias se desarrollan velozmente. Una vez que un empresario ha adquirido la franquicia, el modelo de negocio desarrollado, la tecnología y el know-how del negocio se extienden hasta localidades remotas y contribuyen a desarrollar la filosofía empresarial. Además es necesario estudiar el impacto económico que tienen las

franquicias dentro de las economías de las ciudades pequeñas. En estudios en los Estados Unidos existe evidencia de que éstas tienen un impacto favorable en el desarrollo económico de las ciudades pequeñas, sin embargo no existen estudios realizados en economías de ingresos medios que permitan sostener esta aseveración. Lo que sí se sabe es que las franquicias además de los impactos económicos que puedan derivar, contribuyen al desarrollo de nuevas ideas, nuevos valores, nuevas formas de pensar. Las franquicias de pizzas, alimentos, hoteles, educación etc., tienen una influencia sobre la sociedad de las pequeñas ciudades, desafortunadamente los impactos de las mismas no necesariamente son siempre positivos. Lo que sí es cierto es que siempre producen un cambio.

Este campo de investigación se centra en la perspectiva de la utilidad social de la franquicia. El sistema de franquicia presenta una serie de ventajas generales tanto para la sociedad como para la economía de un país que son relacionadas en las distintas publicaciones sobre la materia. Algunas de las más destacadas son las siguientes: modernización de las estructuras comerciales, crecimiento de la economía, creación de nuevas empresas, empresas estables, aumento del empleo, fomenta la investigación y desarrollo, posibilita el acceso de personas sin experiencia al primer empleo, acceso del comerciante a las nuevas tecnologías, etc. No obstante, la franquicia incorpora en sus contratos una serie de cláusulas que van en contra de la libre competencia como son: imposiciones de precios, exclusividad territorial, exclusividad de distribución, cánones, requerimientos del contrato, etc.

Por estas razones, en algunos países la franquicia tiene oposición por parte de entes sociales como, por ejemplo, asociaciones de consumidores. En este campo se investiga, desde una perspectiva de interés general, los aspectos positivos y negativos de la franquicia. Deben reseñarse los aspectos más relevantes o de mayor impacto que sirvan para justificar la existencia de la franquicia, siempre bajo la premisa de que los aspectos positivos superen a los

negativos, es decir, el balance sea favorable. Uno de los estudios pioneros en este campo es el de HUNT⁴³, que enumera como ventajas económicas y sociales de la franquicia las oportunidades que proporciona a empresarios independientes, ratios de éxito elevados, aumenta la competencia, etc.

4. PERSPECTIVA ECONÓMICA

El sistema de franquicia consiste en una técnica empresarial por la que la empresa franquiciadora, concentrando y centralizando en ella el capital intangible de la red de franquicia (know-how, signos distintivos, patentes, derechos de autor, diseño de productos, dirección de política comercial, técnicas de venta, publicidad, marketing,...), descentraliza, sin embargo, aquellos otros elementos que elevan el coste medio del producto o servicio, sobre todo, el factor trabajo. Se recurre de esta manera, a pequeños empresarios independientes, estimulados por la asunción del propio riesgo empresarial (la mayoría de las veces menor que el de un negocio independiente de similar inversión), pero muy controlados por la empresa franquiciadora en su comportamiento de mercado.⁴⁴ Dicho control se justifica en el fin de salvaguardar la uniformidad en la comercialización de los productos o en la prestación de servicios que el público ya identifica por la marca que los distingue, por el rótulo del establecimiento en que puede encontrarse, por el nombre comercial de la empresa franquiciadora y por el know-how presente en su fabricación o distribución.⁴⁵

⁴³ HUNT, S.D., "The Socioeconomic Consequences of the Franchise System of Distribution", *Journal of Marketing*, Vol. 36, 1972, págs. 32-38.

⁴⁴ De esta forma lo caracteriza, aunque al hilo de las ventajas que este sistema de comercialización conlleva, concretamente, en empresas de servicios, ALFARO ÁGUILA- REAL, J., Voz "Franchising", *EJB*, Vol.II, Edit. Civitas, Madrid, 1995, págs. 3153-3158.

⁴⁵ *Vid.* LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., "El contrato de franquicia", *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 18, Murcia, 2000, págs. 91-116.

La franquicia – decía PAZ-ARES⁴⁶ – era una forma muy eficiente de organizar la empresa cuando hay elementos de la misma que pueden centralizarse porque las economías de escala en su producción son prácticamente inagotables (como ocurre con los derechos de propiedad intelectual, las marcas, el saber hacer, el diseño de nuevos productos, el diseño de los establecimientos o el marketing) y elementos cuya producción no debe centralizarse porque se producen, rápidamente, economías de escala. Tal ocurre, sobre todo, con el control y vigilancia de los empleados y con la proximidad a la clientela. Lo que las empresas franquiciadoras hacen es, precisamente, concentrar la producción de los intangibles en la sociedad franquiciadora y asignar el control de los empleados a la empresa franquiciataria o franquiciada. Haciendo titular residual de los rendimientos que produce cada establecimiento franquiciado a un individuo, se le proporcionan los incentivos para maximizar éstos. Como el franquiciado sólo puede influir sobre los ingresos del establecimiento asegurando la calidad del servicio que presta y éste depende de la labor de los empleados, dispone de los incentivos adecuados para vigilar y controlar a los empleados de su establecimiento, actividad en la que goza de claras ventajas en términos de coste, respecto de la sede central de la empresa franquiciadora. Es decir, asignar la vigilancia de los empleados al franquiciado es la solución más eficiente en términos de incentivos y de costes.

⁴⁶ PAZ-ARES, C., “La terminación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 223, 1997, págs. 7-56.

A) Ventajas económicas

Por tanto, respondiendo al reto de la economía moderna, el sistema de franquicia presenta grandes ventajas económicas⁴⁷ :

a) Supresión de intermediarios

Frente al sucursalismo y otros sistemas de acercamiento al consumidor o usuario, la franquicia elimina los costes que aquéllos generan, disminuyendo, al propio tiempo, el riesgo financiero de la empresa franquiciadora para convertirse en una fuente de financiación para ésta. De ese modo, el franquiciador teje en torno a sí una rápida maya comercial que controla y expande territorialmente a cambio de una inversión limitada.

b) Motivación personal del franquiciado

Ésta satisface, al propio tiempo, su deseo de autonomía empresarial. Este empresario independiente goza no sólo del beneficio de poder usar signos distintivos fuertes, reconocidos en el mercado, sino de conocer el know-how y tener la asistencia del franquiciador, con lo cual ve considerablemente disminuido el riesgo que implica cualquier aventura empresarial anónima.

c) Atención a las necesidades y expectativas de los consumidores

En este sentido, cada vez es más frecuente que los consumidores busquen determinados productos no tanto por su propia identidad o cualidades intrínsecas, sino por las prestaciones ligadas a su sistema de comercialización.

⁴⁷ Según las conclusiones de RIGOL GASSET, J., en *La franquicia, una estrategia de expansión*, Universidad de Barcelona, 1992, pág. 18.

d) Aumento de creación de empleo

Es usual –y casi diríamos obligado, dependiendo claro está del tipo de negocio–, que el perfil del franquiciado sea el de un inversor que necesita personal a su cargo para el ejercicio de la empresa franquiciada. Pero, en no pocas ocasiones, ese perfil corresponde al de trabajadores que capitalizan su desempleo invirtiendo en una franquicia y creando el puesto de trabajos necesarios para las funciones que ellos mismos no pueden atender.

De ahí que, también, sea cada vez mayor el apoyo de la Administración Pública al sistema de franquicia, propulsor de la pequeña y mediana empresa, pero que también lo sea la ampliación del control y seguimiento público sobre el mismo.⁴⁸ Control que, en nuestro Ordenamiento, se ha plasmado en el directo deber legal, que recae sobre quienes pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, de obtener la correspondiente inscripción en un Registro previsto al efecto (art. 62.2 LCM) y creado por el RD 2485/1988, de 13 de noviembre.

5. PERSPECTIVA LEGAL Y ÉTICA

Las franquicias son modelos contractuales por naturaleza; dentro de los contratos se establece las reglas y sanciones que ambas partes deberán de seguir. La igualdad entre el franquiciado y franquiciador no es una realidad, es cierto que una disparidad en la distribución del poder de decisión se identifica con este tipo de arreglos. Este desbalance puede provocar comportamientos no éticos y de explotación no deseados, de parte del que sustenta la propiedad “dueño del balón”, (la evidencia empírica no soporta este supuesto). Por el lado del que

⁴⁸ Incluso algunas entidades de crédito han llegado a crear departamentos especializados en el estudio y viabilidad de proyectos de franquicia y en prestar sus servicios financieros a franquiciados y franquiciadores, poniendo a su disposición formas específicas de financiación.

compra la franquicia se pueden suscitar comportamientos en los cuales no cumplan con sus responsabilidades, o que traten de “liberarse” del control que ejerce el dueño de la franquicia. Estos comportamientos no sólo afectan al sistema de franquicias sino que también en última instancia afectan a la economía y a la sociedad. Es por ello que los sistemas legales deben de ser desarrollados y refinados para que en cada caso se cubran cualquier tipo de violaciones y que cada uno de los miembros del sistema cumpla con sus compromisos.

SECCIÓN V.- RAZONES PARA FRANQUICIAR

1. TEORÍA DE LA ESCASEZ DE RECURSOS Y TEORÍA DE LA AGENCIA

Las razones para franquiciar es uno de los tópicos más debatidos en la investigación realizada en franquicia desde los años 70. En general, las empresas parecen iniciar la franquicia por una multitud de razones. Como ya han señalado NORTON⁴⁹ y DANT⁵⁰, podría haber más de una razón para que una empresa inicie la franquicia⁵¹. Las principales teorías que han sustentado las razones que

⁴⁹ NORTON, SETH, W., “Franchising, Brand Name Capital and the Entrepreneurial Capacity Problem”, *Strategic Management Journal*, Vol. 9, 1998, págs. 105-114.

⁵⁰ DANT, R.P., “Motivations for Franchising: Rethoric Versus Reality”, *Working Paper*, Boston University (94 ISSN: 1135-2523) Investigaciones Europeas, Vol. 10, N°3, Boston, 2004, págs.71-96.

⁵¹ *Vid.* LAFONTAINE, F., “Agency Theory and franchising: Some empirical results”, *Rand Journal of Economics*, N° 23(2), págs.263-284, en el mismo, observamos la realización de una encuesta a más de 200 fundadores de franquicias y se encontró que más del 50 por ciento citaban la obtención de capital como razón para la franquicia. En una encuesta a CEO’s franquiciadores y fundadores, DANT (*Vid.* “*Motivations for Franchising ... op. cit.*”, 2004), igualmente en 1995, identificó siete razones de la literatura sobre por qué las empresas iniciaron la franquicia. Estas razones incluyeron la escasez de recursos de acceso al capital, el acceso al capital directivo, el acceso al conocimiento del mercado local y la necesidad de obtener economías de escala en la producción, la promoción y la coordinación. En el mismo sentido, PASWAN, AUDHESK, C., WITTMAN, M., “Intra, Extra, and Internets in Franchise

podría tener una empresa para expandirse a través de la franquicia, más que a través de establecimientos de su propiedad, han sido: la Teoría de la Escasez de Recursos⁵² y la Teoría de la Agencia⁵³.

A) Teoría de la Agencia

Dicha teoría es la más utilizada para explicar la relación entre franquiciador y franquiciado, así como el establecimiento y posterior contrato que desarrolla tal relación. Este enfoque reconoce dos partes; el principal –franquiciador- y el agente –franquiciado-. Es una teoría que defiende la franquicia como modelo de negocio en expansión, ya que conlleva para el franquiciado pueda tener menos incentivos a actuar de manera oportunista frente a los intereses del franquiciador, ya que éste es el dueño del negocio –objeto de contrato-, por lo que también estará interesado en el éxito del negocio. Así pues, la primera teoría de la agencia afronta la franquicia como un mecanismo para hacer frente a las limitaciones financieras y de gestión cuando la empresa está en crecimiento, y considera a la franquicia como un mecanismo para mejorar la alineación de los incentivos entre la empresa y los puntos de venta.⁵⁴

Network Organizations,” *Journal of Business-to-Business Marketing*, 11 (1/2), 2004, págs 103 y ss, estimaban que la franquicia además de los impactos económicos que puedan derivar, contribuyen al desarrollo de nuevas ideas nuevos valores, nuevas formas de pensar.

⁵² Vid. LAFONTAINE, F., y SHAW, K., “The Dynamics of Franchise Contracting: Evidence from Panel Data”, *National Bureau of Economic Research Working Paper*, N° 5585, 1996, Cambridge.

⁵³ Vid. CASTROGIOVANNI, G.J., y JUSTIS, R.T., “Strategic and Contextual Influences on Firm Growth: An Empirical Study of Franchisors”, *Journal of Small Business Management*, Vol. 40, N°2, 2002, págs. 98-108.

⁵⁴ Vid. BAENA GRACIÁ, V., “Teorías y líneas de investigación en el sistema de la franquicia: una revisión desde los años 60 hasta 2009”; *Cuadernos de Gestión*, Vol. 10, N° 2, 2010, págs. 43-66; BERMÚDEZ, G., “Satisfacción y fidelidad en la relación franquiciado- franquiciador”, *Tesis*

B) Teoría de la escasez de Recursos

La Escasez de Recursos es una teoría exclusiva de la investigación en franquicia. En un artículo clásico en el que se inició el debate de por qué las empresas franquician, OXENFELT Y KELLY⁵⁵ propusieron que las empresas más jóvenes y más pequeñas emplean la franquicia como un medio de acceder rápidamente el objetivo de superar la escasez de tres recursos: la capacidad de gestión, el conocimiento del mercado local y el capital financiero. A medida que las empresas crecen en tamaño y madurez, ellas franquiciarán menos, abrirán nuevas tiendas como puntos de venta propiedad de la empresa y finalmente, intentarán convertir todos los establecimientos en propiedad de la empresa mediante la recompra de las franquicias más rentables, y permitirá a los contratos que expiren sin ser renovados.

Cuando las empresas son jóvenes y pequeñas es difícil que puedan reunir capital suficiente para su crecimiento a través de los mercados financieros tradicionales –accionistas, por ejemplo- o de las operaciones existentes y, además, también es difícil que puedan desarrollar el talento necesario de gestión y

Doctoral de la Universidad de Málaga, 2001; BORDONABA, V., LUCÍA, L., y POLO, Y., "Análisis de la salida de mercado. Fracaso vs. abandono en la franquicia", Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa, Vol. 39, Nº 1, 2008, págs. 33-58; DÍEZ DE CASTRO, E., RODRÍGUEZ, C.J., y NAVARRO, A., "Unidades franquiciadas versus propias en el sistema de franquicia: una investigación empírica", Vol.10, Nº.3, 2007, págs.71-96; CARRETERO, E., "Es la franquicia realmente una relación equilibrada", Expertos en franquicia, Mundofranquicia Consulting, Madrid, 2001; FERNÁNDEZ, M., y MARTÍN, J., "La confianza y el compromiso como factores clave de éxito en las relaciones comerciales. Una aplicación empírica en el sistema de franquicia", Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa, Vol. 15, Nº 1, págs. 7-100.

⁵⁵ Vid. OXENFELT, A.R., y KELLY, A.O., "Will Successful Systems Ultimately become Wholly-Owned Chains?", *Journal of Retailing*, Vol. 44, Nº.49, 1986, págs. 69-83.

conocimiento del mercado local –como señalaban KATZ Y OWEN⁵⁶. En esta situación la franquicia se presenta como un medio para alcanzar rápidamente el objetivo de la escasez de los recursos mencionados anteriormente⁵⁷. Para abordar este aspecto la franquicia ha de ser considerada como una combinación de recursos ofrecidos tanto por el franquiciador como por el franquiciado para crear un sistema de franquicia. Los recursos suministrados por el franquiciado son: bajo coste de capital, destrezas empresariales, costes labores más bajos, y una economía a escala local. Por su parte, un franquiciador: suministra la marca, un conocimiento especializado, una asistencia directiva, un concepto probado, economías de escala y otros activos intangibles. Para cualquiera de las partes sujeta a los costes de transacción y limitaciones contractuales originados por ser parte del propio sistema de franquicia, el acuerdo debe realizarse en aquellos términos que suponga un medio para obtener los recursos que sean difíciles de adquirir en el mercado tradicional. El modelo de ciclo de vida de la franquicia propuesto por OXENFELT Y KELLY⁵⁸ consiste en que las empresas que inician su actividad, necesitan tener un capital. Los recursos que necesita una empresa son de tres tipos:

- (1) capital físico –activos físicos, localización, nombre comercial, etc.-,
- (2) capital humano – entrenamiento, experiencia, etc.-; y
- (3) capital organizativo –mecanismos de coordinación, sistemas de información formales, etc.-.

⁵⁶ KATZ, B.G. y OWEN, J., "On the Existence of Franchise Contracts and Some of Their Implications", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 10, N^o4, 1992, págs. 567-594.

⁵⁷ *Vid.* NORTON, *Franchising, Brand Name Capital ... op.cit.*, págs.105 y ss.

⁵⁸ OXENFELT y KELLY, *Will Successful Systems Ultimately...*, *op. cit.*, págs.72-76.

De este modo las mencionadas empresas disponían de capital suficiente y de un gran número de establecimientos franquiciados repartidos geográficamente. Esta perspectiva ha sido conocida como “escasez de recursos”.

OXENFELT y KELLY argumentaron que las empresas prefieren la propiedad de sus establecimientos para gestionar o dirigir su crecimiento porque esperan mayores tasas de retorno de ellos. Sin embargo, el deseo de lograr economías de escala presiona a las empresas a expandirse más allá de lo posible empleando solamente recursos generados internamente. De este modo, las empresas jóvenes y pequeñas, que están en crecimiento, utilizarán la franquicia para su expansión hasta alcanzar la masa crítica necesaria –número óptimo de establecimientos- para generar economías de escala en publicidad y compra. En consecuencia, la primera predicción de la escasez de recurso es que los empresarios recurren a los franquiciados para abrir un punto de venta y suministrar la necesaria experiencia en la gestión y conocimiento del mercado local, aunque tienda a ser menos rentable. En el fondo esta predicción sugiere que la franquicia es una forma de superar las limitaciones del crecimiento interno tales como el tiempo que se tarda en formar a los directivos y crear rutinas organizativas⁵⁹, un problema descrito por primera vez por PENROSE⁶⁰. Es decir, esta suposición conduce a la conclusión de que las empresas inicialmente franquician para alcanzar una escala mínima eficiente.

En su Teoría, los partidarios de la misma continuaban argumentando que una vez que la empresa ha logrado sus economías de escala -esto es, la escala

⁵⁹ *Vid.* THOMPSON, R. S., "Company Ownership Versus Franchising: Issues and Evidence", *Journal of Economic Studies*, Vol.19, N° 4, 1992, págs. 31-42.

⁶⁰ PENROSE, E. T., *The theory of the growth of the firm*, 3ª ed, Oxford University Press, Oxford, 1995.

mínima de operación, construcción de marca y reservas de capital-, la rápida expansión o crecimiento ya no es prioridad y la atención de una empresa o franquiciador se dirige hacia la maximización de la rentabilidad de cada punto de venta abierto. En consecuencia, la apertura de nuevos establecimientos franquiciados debe cesar y la empresa intentará comprar la mayor parte de éstos, sobre todo, aquéllos que sean más rentables ya que la propiedad será así presumiblemente más beneficiosa. En última instancia, los puntos de venta de una empresa madura y con éxito serán principalmente de su propiedad.⁶¹

La segunda predicción y más controvertida de la Teoría de la Escasez de Recursos es que las empresas franquiciadoras se moverán hacia la propiedad de los nuevos establecimientos una vez que las economías de escala se alcancen y se alivia la escasez de recursos. Como los mercados se saturan, el crecimiento deja de ser una prioridad y las empresas se centran en mejorar la rentabilidad. La recompra de los puntos de venta franquiciados más rentables –fenómeno conocido como la redirección de la propiedad señalada por DANT, PASWAN Y KAUFMANN⁶², y la apertura solamente de nuevas tiendas propiedad de la compañía mejora la rentabilidad.

Hay poco apoyo para esta segunda predicción de la Escasez de Recursos donde las empresas franquician menos a medida que envejecen, y crecen en tamaño y aumentan en mayor medida, cuando están expandiéndose más rápidamente. Distintos hallazgos sugieren que cuando las empresas que

⁶¹ *Vid.* DÍEZ DE CASTRO, E., NAVARRO, A. y RONDÁN, F. J., "El sistema de franquicia. Una propuesta de un código de ética óptimo", *X Coloquios Andaluces sobre temas empresariales*. Universidad de Córdoba, 2006, págs. 1-16.

⁶² *Vid.* DANT, R.P., KAUFMANN, P.J. y PASWAN, A.K., "Ownership Redirection in Franchised Channels", *Journal of Public Policy and Marketing*, Vol. 11, 1992, págs. 33-44.

franquicias crecen en edad y tamaño, franquician más, no menos, contrariamente a la tesis de la Escasez de Recursos⁶³.

2. LIMITACIONES DE LOS RECURSOS ESCASOS

La Teoría de la Escasez de Recursos proporciona una base racional para la decisión de iniciar la franquicia como relata GASTROGIOVANNI⁶⁴. Pero igualmente mediante la franquicia –señala THOMPSON⁶⁵–, al comienzo de su ciclo de vida, una empresa se inicia en las franquicias para superar tres limitaciones de los recursos escasos: la experiencia de gestión, el conocimiento del mercado local, y el capital.

A) La experiencia de gestión

La primera de las limitaciones, y como superaran las franquicias esta falta de experiencia en la gestión, es mediante la atracción de un grupo más amplio de gestores cualificados que se autoseleccionan dentro del sistema de franquicia (así señala SHANE⁶⁶).

⁶³ LAFONTAINE, F. y KAUFMANN, P.J., "The Evolution of Ownership Patterns in Franchise Systems", *Journal of Retailing*, Vol. 70, 1994, págs. 97-113.

⁶⁴ CASTROGIOVANNI, G.J. y JUSTIS, R.T., "Strategic and Contextual on Firm Growth: An Empirical Study of Franchisors", *Journal of Small Business Management*, Vol.40, Nº 2, 2001, págs. 98-108.

⁶⁵ THOMPSON, R. S., "Company Ownership Versus Franchising: Issues and Evidence", *Journal of Economic Studies*, Vol. 19, Nº 4, 1992, págs. 31-42.

⁶⁶ Vid. SHANE, S.A., "Making New Franchise System Work", *Strategic Management Journal*, Vol.19, 1998, págs. 697-707.

B) El conocimiento del mercado

El segundo recurso escaso que la franquicia ayuda a resolver, es la falta de conocimiento del mercado local. La franquicia proporciona un medio para superar esta desventaja ya que los franquiciados proporcionan el conocimiento del mercado local que carece un franquiciador⁶⁷.

C) La financiación de capital

El tercer recurso escaso es la financiación de capital. La escasez de recursos plantea que las empresas pequeñas o jóvenes podrían no tener fácil acceso a los mercados de capitales. Los franquiciados proporcionan crecimiento de capital por su inversión en nuevos puntos de venta.⁶⁸

3. TEORÍAS SOBRE LA FINANCIACIÓN DE CAPITAL

La Teorización de los ya citados, OXENFELDT Y KELLY, ha suscitado un gran debate. Gran parte de éste se ha centrado en el tercer recurso escaso: la financiación de capital. Hipotetizaron que los franquiciadores serían capaces de utilizar las franquicias como una fuente de fácil acceso y coste-efectivo de capital. Otra teoría que desafió la noción de que los franquiciadores son una fuente de coste efectivo de capital, es la protagonizada por personajes como RUBIN⁶⁹, el cual argumentó que: “una explicación de la escasez de capital para la franquicia era falaz porque los franquiciados que realizan una fuerte inversión en un número

⁶⁷ Vid. MINKLER, A.E., “Why Firms Franchise: A Search Cost Theory”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 148(2), 1992, págs. 240-259.

⁶⁸ Cfr. DANT, R.P., “Motivations for franchising: Rhetoric vs. reality”, *International Small Business Journal*, 14, 1995, págs.10–32.

⁶⁹ RUBIN, P.H., “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *Journal of Law and Economics*, 21, 1978, págs. 223-233.

limitado de puntos de venta demandarán una prima de riesgo como compensación de su inversión diversificada”.

Esto sugiere que los franquiciados deben exigir una mayor tasa de retorno sobre el capital si se le obliga a invertir en un sólo punto de venta. Una empresa probablemente podría obtener capital a menor coste a través de los inversores pasivos –accionistas y prestamistas- cuyas inversiones estuvieran diversificadas a lo largo de toda la cadena de puntos de venta de la empresa. Por lo tanto, no hay ninguna razón para conseguir franquiciados como fuente de capital⁷⁰, además, la franquicia es una forma poco eficiente de obtención de capital cuando el riesgo de un franquiciado está poco diversificado, de hecho, muchos franquiciadores ofrecen a sus franquiciados finanzas⁷¹, lo que sugiere que no dependen enteramente del capital de los franquiciados para expandirse.

Otros investigadores han argumentado que ciertos incentivos y el conocimiento privado de los franquiciados podían conducir a éstos a ser una fuente de costes competitivos de capital⁷². En primer lugar, dado que los franquiciados invierten su propio capital, éstos tienen que destacar su poderoso incentivo financiero. Los empleados que gestionan o dirigen los puntos de venta propiedad de la empresa no ponen en juego su capital y, por tanto, se enfrentan a

⁷⁰ Cfr. BRICKLEY, J.A. y DARK, F. H., “The choice of organizational form the case of franchising”, *Journal of Financial Economics*, 18(2), 1987, págs. 401- 420; y en el mismo sentido, NORTON, S. W., “¿Is franchising a capital structure issue?”, *Journal of Corporate Finance*, 2, 1995, págs.75–101.

⁷¹ Vid. FRAZER, L. y WEAVER, S., “Franchising Australia: A survey of franchising practices and performance”, Griffith University, Brisbane (Australia), 2004.

⁷² Cfr. MARTIN R. E. y JUSTIS, R.T., “Franchising liquidity constraints and entry”, *Applied Economics* 25, 1993, págs. 1269-1277.

incentivos más débiles que los franquiciados⁷³. Los inversores pasivos pueden reconocer esta disparidad motivacional y demandar una prima de riesgo al invertir en una empresa dominada por puntos de ventas propiedad de la compañía.⁷⁴ Y en segundo, los inversores pasivos se basan en la información pública respecto a las intenciones futuras de las empresas y sus habilidades y los franquiciados, por el contrario, tienen información privada con respecto a sus propias intenciones y capacidades, lo cual reduce el coste de capital del franquiciado⁷⁵.

Por tanto, los franquiciados pueden tener una confianza en sí mismos mayor que la que los inversores pasivos tengan en una empresa, lo que sugiere que éstos últimos pueden pedir una prima de riesgo mayor. Este debate no ha recibido aún claridad con los resultados empíricos, siendo éstos mixtos⁷⁶. Existe alguna evidencia de que la franquicia aumenta en respuesta a la escasez de capital y que con el transcurso del tiempo, la franquicia alivia la escasez existente⁷⁷. Sin embargo, los estudios que investigan la relación entre el uso de las franquicias y los cambios en los tipos de interés –entendidos como una medida de

⁷³ Cfr. MINKLER, A. P. y PARK, T. A., “Asset specificity and vertical integration in franchising”, *Review of Industrial Organization*, 1994, págs. 409-423.

⁷⁴ Cfr. LAFONTAINE, F., “Agency Theory and franchising: Some empirical results”, *Rand Journal of Economics*, 23(2), 1992, págs. 263-284.

⁷⁵ Vid. COMBS, J. G. y KETCHEN, D. J., “Explaining interfirm cooperation and performance: Toward a reconciliation of predictions from the resource based view and organizational economics”, *Strategic Management Journal*, 20, 1999, págs.867–888; COMBS, J., KETCHEN, D.J. y HOOVER, V. L., “A strategic groups approach to the franchising performance relationship”, *Journal of Business Venturing*, 19, 2004, págs. 877-897.

⁷⁶ Cfr. COMBS, J. y KETCHEN, D., “¿Why do firms use franchising as entrepreneurial strategy?. A meta-analysis”, *Journal of Management*, 29, 2003, págs. 443-465.

⁷⁷ Vid. NORTON, S. W., “¿Is franchising a capital structure issue?”, *Journal of corporate Finance*, 2, 1995, págs. 75–101.

la escasez de capital en la economía- no respaldan firmemente la idea de que la escasez de capital conduce a franquiciar. Es decir, la propensión de las empresas jóvenes hacia la franquicia aumentó directamente con las tasas de interés, lo que sugiere que cuando otras fuentes de financiación son más difíciles de obtener, las empresas recurren a las franquicias.

En general las revisiones anteriores y la evidencia de un meta-análisis encontraron poca evidencia que confirmara que la franquicia sigue el patrón descrito por la Teoría de la Escasez de los Recursos, lo cual llevó a especular que tal vez la escasez de recursos solamente afecta a la decisión inicial de franquiciar - primera predicción- y no afecta a la proporción de los siguientes puntos de venta franquiciados. Surgen igualmente estudios que sugieren sin embargo que la escasez de recursos puede influir en la proporción de establecimientos franquiciados durante varios años después de tomar la decisión inicial de franquiciar⁷⁸.

La segunda predicción de la Teoría de la Escasez de Recursos –la franquicia se emplea menos a medida que las empresas maduran y crecen- también ha recibido atención por parte de autores como HUNT⁷⁹. La evidencia preliminar señalaba hacia una reducción en el uso de las franquicias de las

⁷⁸ Por todos, *Vid.*, SHANE, S., SHANKAR, V. y ARAVINDAKSHAN, A., "The effects of new franchisor partnering strategies on franchise system size", *Management Science*, 5, 2006, págs. 773-787; CASTROGIOVANNI, G.J., COMBS, J.G. y JUSTIS, R.T., "Shifting Imperatives: An integrative view of resource scarcity and agency reasons for franchising", *Entrepreneurship Theory & Practice*, 2006, págs. 23-40; TRACEY, P. y JARVIS, O., "Toward a theory of social venture franchising", *Entrepreneurship Theory & Practice*, 2007, págs. 667-685.

⁷⁹ HUNT, S. D., "Competing Through Relationships: Grounding Relationship Marketing in Resource Advantage Theory," *Journal of Marketing Management*, 13, 1997, págs. 1-15.

grandes empresas⁸⁰ y dentro de las industrias maduras⁸¹. Sin embargo, los resultados muestran que el equilibrio entre los puntos de venta propios y franquiciados no parece acercarse a la propiedad plena con el transcurso del tiempo ⁸² y que los altos directivos se sienten poco atraídos por crear cadenas completamente propias argumentando en contra de la explicación de la Teoría de la Escasez de Recursos⁸³.

Otros estudios indican que esta segunda predicción no se sostiene a través de las empresas en general, aunque hay evidencia que un subconjunto de empresas maduras actúan como la Teoría de la Escasez de Recursos predice. No obstante, una posible explicación es que cuando los sistemas de franquicia crecen y desarrollan los recursos para seleccionar, contratar, capacitar y motivar a los franquiciados, los franquiciadores reconocen que la utilización y la explotación de estos recursos puede resultar una ventaja competitiva⁸⁴ , lo que les lleva a continuar o incluso aumentar el uso de las franquicias a medida que crecen. No obstante, la Teoría de la Escasez de Recursos no explica por qué la franquicia es

⁸⁰ Vid. HUNT, S., "The trend toward company-operated units in franchise chains", *Journal of Retailing*, 1973, págs. 3-12.

⁸¹ Cfr. CAVES, R. E. y MURPHY, W. F., "Franchising: Firms, markets, and intangible assets", *Southern Economic Journal*, 42, 1976, págs.572-586.

⁸² Vid. ALON, I., "The use of franchising by U.S. based retailers", *Journal of Small Business Management*, 32 (9), 2001, págs. 111-122; MARTIN, R. E., "Franchising and risk management", *American Economic Review*, 78, 1988, págs. 954-968 ; SHANE, S., "Making new franchise systems work", *Strategic Management Journal*, 19 (7), 1998, págs.697-707.

⁸³ Vid. LAFONTAINE, F. y KAUFMANN, P. J., "The evolution of ownership patterns in franchise systems", *Journal of Retailing*, N°70, 1994, págs.97-113.

⁸⁴ Vid. COMBS, J., KETCHEN, D. J. y HOOVER, V. L., "A strategic groups approach to the franchising performance relationship", *Journal of Business Venturing*, 19, 2004, págs.877-897.

empleada por aquellas empresas que claramente tienen acceso fácilmente al mercado de capitales.

En consecuencia, la franquicia parece ser una forma de organización permanente adoptada por algunas organizaciones⁸⁵, aunque, siguiendo la Teoría de los Mercados de Capitales Eficientes, muchos investigadores tomaron diferentes perspectivas basadas en la economía de las organizaciones, particularmente la Teoría de la Agencia para resolver las preguntas que no contestaba la Teoría de la Escasez de Recursos.

SECCIÓN VI.- VENTAJAS DEL MODELO DE NEGOCIO

1. VERSATILIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN

Evidentemente los acuerdos de franquicia, tal como se definen en el Reglamento, mejoran la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas⁸⁶. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador. Por tanto, tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución.

⁸⁵ Vid. GILLIS, W. y CASTROGIOVANNI, G.J., "The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative", *International Entrepreneurship Management Journal*, N° 8 (1), 2012, págs.75-98.

⁸⁶ REGLAMENTO (CEE) N° 4087/88 DE LA COMISIÓN, de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a categorías de acuerdos de franquicia.

2. ESTIMULA LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Los acuerdos de franquicia también reservan a los consumidores y otros usuarios finales una parte equitativa del beneficio resultante, puesto que combinan las ventajas de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes personalmente interesados en el funcionamiento eficaz de su empresa. El carácter homogéneo de la red de distribución y la cooperación permanente entre el franquiciador y los franquiciados aseguran una calidad constante de los productos y servicios. El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado en la red de distribución garantizan que una parte razonable de los beneficios resultantes serán transmitidos a los consumidores.

En una economía de libre mercado⁸⁷, la competencia económica es un principio de obligatorio cumplimiento, sin competencia no hay desarrollo, y al consumidor no se le ofrecen los productos o servicios en óptimas condiciones. El sistema de franquicias aumenta la competitividad empresarial, y le permite a las pequeñas y medianas empresas acceder a marcas y a productos de alto nivel competitivo y empresarial.

La palabra competencia se ha asociado a la libre competencia económica, que significa la disputa, oposición, rivalidad o lucha entre dos o más sujetos del

⁸⁷ En la economía de mercado, los recursos escasos de las empresas se asignan a través de la toma de decisiones descentralizadas de la totalidad de hogares y empresas que en ella interactúan. La antítesis de la economía de mercado es la denominada “economía planificada”; donde son las decisiones de las autoridades, frente a la del resto de agentes económicos, las que ejercen una influencia fundamental sobre la asignación de los recursos.

mercado, mediante una actividad económica determinada, para lograr la satisfacción de las necesidades de los consumidores.

3. INNOVACIÓN EMPRESARIAL

La noción de competencia lleva implícita la idea de innovación empresarial permanente, siempre en beneficio de los consumidores y el mercado. Esta noción de competencia contiene básicamente tres elementos fundamentales, sin los cuales no puede darse;

- A) en primer lugar, la libre iniciativa privada;
- B) en segundo término, la libertad para determinar las circunstancias y el modo de competir, esto es, la calidad, la cantidad y los modos de producción; y
- C) por último, la igualdad de los competidores ante la ley.

Pero todo ello, no sólo supone la satisfacción de las necesidades de los consumidores, sino que provoca el mejoramiento de la calidad de los productos o servicios, el aumento de la transferencia de tecnología (que se efectúa mediante las franquicias) entre las compañías que operan en el mercado, lo cual redundará en desarrollo socio-económico regional y local y, por ende, el mejoramiento del nivel de vida del conglomerado social.

4. RIGIDEZ DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La noción de libre competencia económica conduce además del íntegro cumplimiento de las normas referentes a la misma, la protección ilimitada y obligatoria de respetar los derechos de los consumidores⁸⁸; pero aquella logra su

⁸⁸ Así, señalaba en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

cometido primordial posibilitando el acceso de diversos competidores del mercado –respetando nuestro principio Constitucional reflejado en su artículo 38, de *una libertad de empresa en una libre economía de mercado-*, este es un mercado con barreras de entrada, en donde los monopolios u oligopolios son los que

y otras leyes complementarias, y en donde en su Capítulo II, y dentro del art.8 señalaba como los derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Letra b) del artículo 8 redactada por el apartado uno del artículo tercero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Posteriormente, y con fecha 22 de noviembre de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. mediante esta ley se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE, pero cuyo art.8 de la citada Ley de 2007 de Consumidores y Usuarios, y en lo relativo a sus derechos, queda inalterado.

determinan las condiciones del mercado, los precios, la calidad, etc., y en donde no hay una verdadera competencia y, por supuesto, no se beneficia al consumidor como debiera ser. La igualdad ante la ley es un presupuesto de la dinámica competitiva; pero para nadie es un secreto que todas las empresas no poseen las mismas condiciones para competir en el mercado, puesto que unas aventajan a las otras en tecnología, otras en capital humano, incluso otras en capacidad económica. Lo que realmente se pretende y se quiere garantizar por medio de las citadas leyes, es que todas compitan en igualdad de condiciones, y que las ventajas competitivas derivadas de la técnica, los recursos humanos o cualquier otro factor de producción, sean una característica inherente a cualquier compañía.

5. EXCLUSIVIDAD

Existen obligaciones restrictivas de competencia que pueden estar comprendidas en los acuerdos de franquicia. En particular, es el caso de la concesión de un territorio exclusivo a los franquiciados, en combinación con la prohibición de buscar activamente clientes fuera de dicho territorio, lo que les permite concentrar sus esfuerzos sobre el territorio que les ha sido atribuido. Es igualmente el caso de la concesión de un territorio exclusivo a un franquiciado principal, combinada con la obligación de no concluir acuerdos de franquicia con terceros fuera de dicho territorio. Cuando los franquiciados venden o utilizan en el ámbito de la prestación de servicios productos fabricados por el franquiciador o según sus instrucciones y/o que lleven su marca, la obligación de los franquiciados de no vender o utilizar en el ámbito de la prestación de servicios productos de la competencia, permite establecer una red de distribución que se identifique con los productos franquiciados. Sin embargo, esta obligación sólo puede ser aceptada respecto a los productos que constituyan el objeto esencial de la franquicia; en

particular, no puede aplicarse a los accesorios o a las piezas de recambio de estos productos⁸⁹.

6. FRANQUICIA: SINÓNIMO DE ÉXITO

Como señala SANTINI, la franquicia es el marketing de una idea que reproduce un éxito⁹⁰: *cuando el empresario interesado ingresa a la red franquiciadora y empieza a usufructuar la marca, los secretos empresariales divulgados, los métodos originales de comercialización proporcionados por el franquiciado y, en definitiva, comienza a tener un éxito sin precedentes, simplifica los pasos que hubiera tenido que dar para obtener prestigio y éxito en un negocio nuevo.*

⁸⁹ *Vid.* Sentencia Americana, District Court for the Eastern district of Virginia, Alexandria Division, Timo Herbrand vs. VAP Istanbul Restoran Isletmeleri Ltd., Nº 1 – 13CV59 TSE/JFA; en el asunto Herbrand et al vs. Vapiano International LLC; los franquiciados turcos (Timo Herbrand y Vap Istanbul Restoran Isletmeleri LTD) el 16 de enero de 2013 demandaron ante el Tribunal de Virginia (The U.S. District for the Eastern District of Virginia) a su franquiciador norteamericano Vapiano International LLC. Los franquiciados alegaban que su franquiciador había violado el principio de exclusividad. Según el contrato de franquicia internacional la parte demandada garantizaba a los franquiciados el derecho exclusivo de abrir diez establecimientos de Vapiano (cocina italiana) en Turquía. Pero cuando los demandantes abrieron tan sólo un restaurante, el franquiciador Vapiano celebró un contrato de franquicia con los terceros, autorizándoles a abrir dos restaurantes competidores sin que sus franquiciados lo supieran. El 7 de junio de 2012 los franquiciados acudieron al Tribunal de Primera Instancia en Turquía, que en su sentencia reconoció a estos terceros culpables por haber infringido las normas de la legislación sobre la competencia desleal de Turquía. Pero lamentablemente los franquiciados no pudieron obtener su indemnización. Por estas razones el siguiente paso de los franquiciados ha sido demandar a su franquiciador Vapiano International LLC en Estados Unidos ante el Tribunal de Virginia. El asunto se resolvió a su favor, respetando el tan citado “principio de exclusividad” a favor de los franquiciados.

⁹⁰ SANTINI, G., *El Comercio*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1988.

En el negocio de franquicias los problemas preliminares de cualquier negocio han sido superados con la experiencia del franquiciador; el producto, los servicios y el paquete en general del negocio contiene un éxito asegurado⁹¹. El franquiciado tan sólo invierte para tener el derecho a gozar del mismo éxito del aquel.

Pero evidentemente se han presentado casos en donde las franquicias no han gozado de la misma aceptación y, por consiguiente, del mismo éxito que en otras latitudes. A más de lo anterior, las crisis económicas no son fáciles de sortear, sobre todo en los países en vías de desarrollo y, por supuesto, estos son aspectos exógenos al negocio de franquicia que escapan al control de la red de franquiciados o de franquiciadores⁹², e incluso las normativas (como estudiaremos más adelante) han de flexibilizarse para atraer los capitales foráneos⁹³.

⁹¹ Vid. LÓPEZ GUZMÁN, F., *El Contrato de Franquicia Internacional*, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2005, págs. 204 y ss.

⁹² Así por ejemplo, la aguda crisis que padeció Venezuela en los primeros años del 2000, perjudicaron notablemente las franquicias y éstas tuvieron que cerrar, al igual que las grandes fábricas e industrias (Vid. LÓPEZ GUZMÁN, F., *Principios constitucionales de derecho comercial*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, pág.59).

⁹³ En este sentido podemos poner de ejemplo Colombia, en donde su Decreto 1844 de 2003, (que a su vez modificó el Decreto 2080 de 2000 sobre el régimen de inversión extranjera), tenía la finalidad de atraer dichos capitales foráneos. La IED (Inversión Extranjera Directa) en el caso de franquicias que ingresaban, representaban nuevos flujos de capital que llegaban y llegan a dinamizar la demanda agregada, aportando de esta forma el crecimiento económico del país. Adicionalmente, los flujos de capital provenientes de la IED son por lo general estables, pues están ligados a la construcción de bienes inmuebles y en general a proyectos de largo plazo; esto hace que este tipo de inversión sea mucho más deseable que la inversión de portafolio, pues en esta última la inversión solamente permanece cuando la rentabilidad es favorable. Al menor amago de una mejor rentabilidad en otros mercados, los capitales de la inversión de portafolio “vuelan” a otras tierras y de ahí el nombre de “capitales golondrina”. De ahí que con

7. ACCEDER A UNA MARCA DE PRESTIGIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Dado que la marca que utilizan los franquiciadores están posicionados en el mercado, los franquiciados se ven muy favorecidos, por cuanto los consumidores se inclinan a comprar ya a demandar aquellos bienes y servicios que conocen, que los han satisfecho en diversos aspectos, que proporcionan precios accesibles, sin perder como es obvio, la calidad inherente al producto. Lo cierto es que en el caso de las franquicias es claro que las marcas que explotan son reconocidas y fiables para el consumidor; y por ello él insiste en comprar los bienes por éstas ofrecidos, o por aprovechar los servicios que dan en distintos ámbitos.

En palabras de GIRALDO MESA, “en el estado actual de los negocios, el prestigio, reconocimiento y significación de una marca establece, en muchas ocasiones, el verdadero valor de una empresa. Las marcas, conocidas como signos capaces de ligar los productos o servicios a una empresa determinada, son las que orientan las preferencias del consumidor a la hora de elegir la que, según su convicción, es la mejor opción. Por esta razón, considerados por algunos como los indicadores de calidad de un bien, deben ser protegidos.”⁹⁴

8. REDUCCIÓN DE RIESGOS

Normalmente en las franquicias la incertidumbre sobre las ventas de los nuevos establecimientos comerciales se deriva en gran parte del riesgo asociado a las variables del entorno, que como sabemos en ocasiones es difícil predecir (económicas, demográficas, culturales, políticas) pero realmente deducimos que

la reforma del nuevo Decreto se facilite con más flexibilidad la entrada de Capitales Extranjeros.

⁹⁴ Vid. GIRALDO MESA, D.S., “¿Cómo se registra una marca?”, *Revista de Ámbito Jurídico Legis*, 21 de julio al 23 de agosto de 2003, Bogotá, pág. 5.

este riesgo será menor en tanto en cuanto la experiencia del franquiciador quede fehacientemente demostrada.

Afirmamos que efectivamente se trata de un negocio probado como hemos señalado, con innovación permanente en aspectos metodológicos y tecnológicos, con una asistencia técnica constante, con capacitación documentada en los propios manuales de operaciones (que habrá de hacer entrega el dueño del modelo de negocio), tiene un acceso a sistemas administrativos de control y evaluación de desempeño, un especial “sentido” de pertenencia a una red consolidada de franquiciadores, se incrementa su propio prestigio personal (por parte del franquiciado) de involucrarse y convertirse en empresario con un concepto de empresa exitosa y sobre la cual podrá acceder inmediatamente a sus programas de promoción y publicidad de los productos o servicios que potencialmente va a ofrecer, luego la asunción de riesgos puede llegar a ser mínima⁹⁵.

9. REDUCCIÓN DE GASTOS

Igualmente como señalan GUARDIOLA Y TOCATLI, aunque con diversos argumentos, se van a ver disminuidos los riesgos que toda inversión requiere, al no tener que desplazar capitales a otro país (como ocurre con la normativa, ya moderada de la mayoría de los países), y de dicha forma evita así, las restricciones que todavía pudiesen existir. No sólo no se produce dependencia accionarial del exterior, sino que se potencia el desarrollo de actividades nacionales, con una dirección y gerencia locales, muchas veces con un único “franquiciado principal” de total confianza, que se encarga de subcontratar franquiciados locales en distintas ciudades o zonas del país. El franquiciado se

⁹⁵ Vid. ALONSO, M., *La franquicia de la “A” a la “Z”. Manual para el franquiciador y el franquiciado*, LID Edit. Empresarial, Madrid, 2003, pág. 29.

apoya pues, sobre una red que se autofinancia, con lo que puede orientar sus inversiones a tareas de investigación para mejorar su propia tecnología, por ejemplo.⁹⁶

10. AFIANZAMIENTO DE ALIANZAS ESTRATÉGICA SÓLIDAS

Los síntomas de la nueva expansión tecnológica e industrial capitalista logran percibirse con suma nitidez, por medio de los nuevos sistemas jurídicos-empresariales destinados para tal fin. Así como por ejemplo, surgen las “spin off”⁹⁷, las alianzas estratégicas, las fusiones, el “outsourcing”⁹⁸, y las franquicias

⁹⁶ GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998. Y en el mismo sentido, TOCATLI, F., *Las franquicias, un efecto de la globalización. 100 preguntas, 100 respuestas. La manera más segura de hacer negocios*, Edit. McGraw, México, 2001.

⁹⁷ Merece la pena –en nuestra opinión–, aclarar y definir este tipo de empresas de nueva creación, las denominadas “spin-off”. Éstas, son empresas que se crean en el seno de otra empresa o entidad ya existente, y, normalmente, como iniciativa de algún empleado de la misma. La gran mayoría de las spin-off nacen de las universidades o los centros de investigación públicos. Estas empresas o entidades de las que surgen hacen la función de matriz o incubadora, y sirven de apoyo para el despegue de las spin-off. Tienen su propia estructura jurídica, con independencia de la empresa o entidad matriz. Por lo tanto, son empresas de nueva creación. En nuestra Universidad están proliferando este tipo de empresas con el cometido de ayudar a transferir el conocimiento y la investigación científica al mundo empresarial, buscando su aplicación directa en los procesos productivos, incluso su comercialización. Además, su labor es encomiable ya que mejora la comunicación entre las universidades, el mercado y la sociedad. Normalmente estas empresas están fundadas por profesores, alumnos o miembros del personal administrativo y de servicios. Tienen apoyo institucional, pero persiguen intereses privados. Para favorecer el surgimiento de estas iniciativas, es necesario favorecer un clima favorable al desarrollo de iniciativas empresariales, y que esté ligado a la idea de transferencia tecnológica. Se trata de cambiar la función y el papel que debería tener la universidad, ampliando sus competencias y sus posibilidades. Sólo así se conseguirá que los investigadores conviertan sus investigaciones en estructuras empresariales. Estas iniciativas spin-off ofrecen, además, una posibilidad muy interesante en la creación de empleo para los investigadores. Son una nueva manera de generar empleo estable y una buena alternativa a otras opciones de trabajo para la comunidad científica.

entre otras. Con todos estos sistemas modernos y nacientes, se empezaron a controlar las principales actividades económicas de los sectores primarios, secundarios y terciarios, señala la doctrina internacional que un cuarto de los activos productivos del mundo es dominado en forma exclusiva por trescientas compañías de esta naturaleza, y este dato es relevante, ya que cualquiera de estas empresas, rebasa con creces el Producto Interior Bruto de la mayoría de los países en vías de desarrollo.

Estas alianzas estratégicas, se pueden definir como acuerdos de colaboración empresarial, cuyo objetivo son, facilitar la penetración en mercados foráneos mediante inversiones conjuntas (joint venture⁹⁹, project finance¹⁰⁰,

⁹⁸ El *Outsourcing*, consiste en aquel proceso económico empresarial en el que una sociedad mercantil delega los recursos orientados a cumplir ciertas tareas a una sociedad externa, empresa de gestión o subcontrata, dedicada a la prestación de diferentes servicios especializados, por medio de un contrato. Para ello, estas últimas, pueden contratar sólo al personal, caso en el cual los recursos los aportará el cliente (instalaciones, hardware y software), o contratar tanto el personal como los recursos.

⁹⁹ Se trata de una expresión frecuentemente empleada en los contratos de colaboración empresarial, que sin embargo no hay uniformidad de criterio para definirla. Se pueden definir como las alianzas estratégicas cumplida principalmente por sociedades de capital. Aunque la doctrina norteamericana las concibe con un criterio más amplio, ya que sostiene que es posible la participación de personas naturales y no sólo personas jurídicas. Lo que queda claro y unánime, es que estas alianzas se producen con el fin de realizar en común una actividad determinada por medio de una nueva entidad creada y controlada por los partícipes en ella. A modo de ejemplo, señalar que en la Unión Europea los programas más importantes de ayuda para la promoción de las inversiones directas por medio de joint venture en países del Mediterráneo, de Asia y Latinoamérica son: los Joint Venture Phara Programe (JOOP) y el European Community Investment Partnes (ECIP).

¹⁰⁰ El *Project Finance* es una técnica o mecanismo de financiación de inversiones cuyo fundamento es la capacidad del proyecto para generar flujos de caja positivos y no la solidez y solvencia de los patrocinadores, que son quienes proponen la idea de negocio que constituye el proyecto que hay que financiar. Por tanto, la financiación del proyecto no depende tanto del valor de los activos que los patrocinadores están dispuestos a poner como garantía del

franquicias, etc.), reducir los costes de producción, transferir tecnología y know-how, maximizar la productividad, e incluso expandir los canales de distribución comercial. En consecuencia, una franquicia puede valerse del sistema de colaboración empresarial efectuando una alianza estratégica con el objeto de adquirir tecnología y aprovechar al recurso humano para hacer *feed back*, esto es, hacer un proceso de retroalimentación continuo. Las alianzas han posibilitado la expansión de negocios a escala global¹⁰¹, más que las adquisiciones o fusiones entre empresas, puesto que han permitido a las compañías organizar establecimientos más allá de las regiones donde operan, sin arriesgar sus activos más importantes, gracias a la colaboración empresarial de otras firmas, disminuyendo de esta manera costes administrativos y laborales.

Los socios inversionistas de las franquicias en régimen de alianzas estratégicas pueden asociarse constituyendo un joint venture (en cuyo caso redactarán un contrato con la finalidad de regular las obligaciones de las partes, los aportes, la constitución, el tipo de joint –contractual o corporativo–, las responsabilidades, los aspectos contables y de dirección o control administrativo, entre otros) o acudir a otros tipos societarios o figuras jurídicas más reguladas por todos los ordenamientos jurídicos (Sociedades de Capital, Sociedades Colectivas,

proyecto, como de la capacidad del proyecto para pagar de la deuda contraída y remunerar el capital invertido.

¹⁰¹ Dadas las condiciones actuales del mercado global, donde los riesgos políticos, las fluctuaciones económicas, el poder del mercado de algunas compañías, las nuevas tecnologías y las preferencias de los consumidores determinan las variaciones de la oferta y la demanda de productos y servicios, ha conducido a que las empresas opten mejor por este sistema de alianza estratégica, ya que con el concurso activo y concertado de varias empresas para realizar cada función, se logran resultados más efectivos. En otras palabras, se hace valer el dicho: “la unión hace la fuerza”.

Cooperativas, etc.), el vehículo jurídico de la inversión que utilizarán dependerá de los intereses de los inversionistas.

Pero en definitiva, con la creación de estas alianzas estratégicas, lo que queda patente es que se consolidan en negocios sólidos, que al identificar oportunidades, localizarlas, implantar su know-how, compartir riesgos en la producción y distribución, tienden a mejorar la competitividad del mercado, y en mayor medida, satisfacer con creces las necesidades de los potenciales consumidores y usuarios.

11. EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA JURÍDICA Y SUBORDINACIÓN ECONÓMICA

Cabe deducir de lo previsto en el Reglamento 4087/1988, de 30 de noviembre, y en artículo 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre¹⁰², que el franquiciado es un empresario independiente, un comerciante que al que se le permite desarrollar una actividad con garantías de éxito a cambio de pagar un precio inicial y un “royalty”, relacionado con el volumen de facturación¹⁰³. Bajo este punto de vista, no es un mero agente de un tercero, sino un empresario autónomo que, en lugar de fundar su negocio en conocimiento y tecnología propios, lo hace tomándolos de otro empresario y pagando un precio por ellos con la finalidad última de conseguir un lucro propio.¹⁰⁴ Así pues la relación entre ambos sujetos – franquiciador y franquiciado- es, pues estrictamente mercantil (de colaboración¹⁰⁵

¹⁰³ Real Decreto que desarrollaba en España el art.62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista.

¹⁰⁴ *Vid.* GONZALEZ BIEDMA, E., “Aspectos jurídicos-laborales de la Franquicia”, *REDT*, N° 97, 1999, págs. 660-661.

¹⁰⁵ Como señala, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, *Edit.* Civitas, Madrid, 1991, págs. 65 y ss.

o cooperación entre empresarios¹⁰⁶), razón por la cual ninguna zona de confluencia parece presentar, en principio, con el contrato de trabajo¹⁰⁷. Si existe un elemento común a cualquier tratamiento doctrinal de la franquicia, éste no es otro que afirmar que ambas empresas conservan su autonomía e independencia jurídica¹⁰⁸. Por lo tanto y como regla cuando el franquiciado queda sometido a una cierta dependencia en cuanto la explotación del negocio, pues debe poner en práctica el sistema de franquicia estipulada, soportar a ésta y realizar la prestación prevista, lo cierto es que tal dependencia no llega a desvirtuar el carácter jurídico-mercantil del acuerdo, a saber :

El empresario franquiciador no utiliza las prestaciones del franquiciado para incorporarlas a un proceso productivo dirigido por él, de manera que él se apropie del fruto de la actividad y la proyecte de modo directo o indirecto sobre su cliente o sus clientes...El franquiciado no es técnicamente un proveedor ni un agente al servicio del franquiciador. Al contrato, el franquiciado trata directamente al cliente, lo busca, le mantiene, la factura, y percibe de él el importe de los servicios¹⁰⁹.

¹⁰⁶ En este sentido ver, ECHEBARRÍA, J.A., "De la actividad comercial en régimen de franquicia. Comentario al art.62", *Comentarios a las Leyes de Ordenación del comercio minorista*, en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CAN0, R. Y LEGUINA VILLA, J. (Coord.)), Madrid, 1997, pág.185.

¹⁰⁷ *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Madrid, 1991, págs.16 y ss.; CASA, F. y CASABÓ, M., *La franquicia*, Edit. Gestión, Barcelona, 1989.

¹⁰⁸ *Cfr.* HERNANDO GIMENEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000, págs. 550 y ss.

¹⁰⁹ *Vid.* GONZALEZ BIEDMA, E., *Aspectos jurídicos laborales... op.cit.*, pág. 670.

Se trata pues, de dos empresarios autónomos, que trabajan de manera integrada, bajo las reglas comunes de actuación que impone la franquicia¹¹⁰. Esta conclusión aparentemente tan clara podría dejar de serlo si se tiene en cuenta la propia evanescencia del concepto trabajador y lo vidrioso de sus confines cuando se trata de separarlo del trabajo en régimen de auto-organización. La existencia de una normativa deficiente en materia de franquicias propicia el amplio margen de intervención de la autonomía de la de la voluntad en la concreción de las condiciones de este contrato. Así, merced a las múltiples formas con las que las franquicias se manifiestan en la realidad, puede que en algún caso extremo el franquiciador llegue a tener un grado sobresaliente de control sobre algunos actos del franquiciado, es decir puede incluir en el contrato ciertas cláusulas –que expondremos más adelante–, que impliquen un control por parte del franquiciador y que no se limite a importar al franquiciado unas normas de actuación determinadas, es decir, unas condiciones genéricas de uso de la franquicia o una aprobación inicial de la gestión, sino que vaya más allá, afectando a la toma de determinadas decisiones de actuación, de dicha forma se podría convertir más en un directivo de una organización mayor que en un empresario autónomo (y por consiguiente, tratarse este modelo de negocio más que en una ventaja, en un inconveniente en cuanto a autonomía de la voluntad se tratase). Pero, a pesar de que el empresario franquiciador ostente evidentemente en muchas ocasiones el auténtico control de la actividad del otro empresario, y posea una clara influencia diluyendo o relativizando los poderes empresariales del franquiciado, pudiéndose

¹¹⁰ Cabe destacar en este sentido como señala la doctrina italiana, en concreto, FRIGANI, A., // *franchising*, Turín, 1990, pág.62.; e igualmente en la jurisprudencia, en las STS, de 27 de septiembre de 1996, 4 de marzo de 1997 y 30 de abril de 1998, cuando señalan (ambos) de la franquicia las siguientes afirmaciones : a) *que el franquiciador debe transmitir su know how o asistencia y metodología del trabajo, aplicando sus métodos comerciales, y que; b) aquél queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias para difundir los distintivos comerciales del producto.*

sospechar si verdaderamente se trata de una relación laboral encubierta entre franquiciador y franquiciado, si afirmamos –al igual que la mayoría de la doctrina-¹¹¹, que se trata de dos empresarios autónomos e independientes, a pesar del grado de dependencia económica de los comerciantes¹¹², ya que además, cuando se transmite el modelo de negocio, el nuevo franquiciado para desarrollar el mismo, recluta una serie de operarios, y estos no se incorporarán (por mucho que influya el franquiciador en su idiosincrasia), a la empresa creadora del franquiciador, sino a otra que va actuar de responsable de sus actuaciones, que va a depender su relación de ésta, que va a ser quien le va a remunerar, que es en definitiva la creada, la empresa franquiciada. Y en donde se presumirá la existencia de dos sujetos (franquiciados y empleados) que con una relación tradicional y típica de trabajo, el empleado tendrá como obligación fundamental la

¹¹¹ Y pongamos de ejemplo la doctrina sentada por el Tribunal Central de Apelación de Holanda (Sentencia de la Court of Appeal, de 6 de noviembre de 1952, as. British Nylon Spinners c. Imperial Chemical Industries (ALL ER, 1952, Vol. 2, págs. 780-784); que ha tomado como criterio general que siempre el franquiciado será empresario autónomo cuando se den dicho criterios que ahora se exponen; *a) si el franquiciado actúa como empresario independiente comportándose como tal en relación a su negocio; b) si dispone de un capital adecuado para llevar a cabo el negocio del cual posee la mayoría de las partes; c) si los ingresos del franquiciado dependen de los beneficios obtenidos a través de la venta de bienes o servicios al público, asumiendo los riesgos del negocio; d) y si por último afronta personalmente iniciativas concernientes a los bienes o servicios que han de ser vendidos, siendo fundamental su influencia sobre los resultados del negocio.*

¹¹² En este sentido, sirve de referencia el artículo L.781-1 del Code du Travail (Código del Trabajo francés), el cual incluye dentro del concepto de trabajadores por cuenta ajena a los pequeños comerciantes autónomos siempre y cuando dependan exclusivamente de una sola empresa comercial o industrial. A la luz de tal tenor legal, la jurisprudencia francesa ha llegado a considerar al franquiciado verdadero trabajador por cuenta ajena, siempre y cuando colabore de forma exclusiva con el franquiciador, ejerciendo la actividad en un local ofrecido o concertado por este último y bajo las condiciones y precios que éste le imponga.

prestación de servicios, y en donde el franquiciado retribuirá estos a la vez que recibirá los consiguientes servicios¹¹³.

SECCIÓN VII.- INCONVENIENTES DEL MODELO DE NEGOCIO

1. CONTROL PERIÓDICO

Igualmente tenemos que hacer constar que las franquicias, al igual que cualquier otro instrumento jurídico presentan algunas desventajas o inconvenientes. Y el primero de ellos es que las actividades de los franquiciados tienen que ser controladas periódicamente al objeto de que éstos no se aparten de la uniformidad exigida por toda la franquicia, ni que además decaiga el nivel de calidad exigido a los productos y/o servicios, lo que puede desembocar en una situación tensa, si se extralimita o no se facilita ese control, quebrando el carácter de contrato de colaboración que impregna la franquicia.

2. ELECCIÓN DEL BUEN FRANQUICIADO

La elección del mismo es un dato primordial para el franquiciador y llena de dificultad (por el grado de incertidumbre que provoca siempre él mismo), ya que teniendo en cuenta el nivel de cualificación que cada franquicia exige, hace, que un fracaso en la elección del mismo se convierta en la mayor dificultad para el franquiciador, y por ende, para el dueño del modelo de negocio ya probado y exitoso, ya que una mala imagen de un nuevo establecimiento conllevará ineludiblemente la imagen fiel de la empresa que representa aún en su calidad de “empresario” (y en este caso, una imagen totalmente negativa de la misma). Esto conlleva a que en la práctica, un número elevado de rescisiones contractuales se

¹¹³ *Vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, *La Ley*, N° 6574, Octubre, año XXVII, Edit. La Ley, Madrid, 2006.

produzcan antes del cumplimiento del contrato, por incumplimiento del elegido, bien por no ser capaz de mantener los parámetros exigidos por el franquiciador, o bien por no atender los pagos estipulados debido a su bajo rendimiento. ¹¹⁴

3. INFORMACIÓN DEFECTUOSA

Dada la profusión que la franquicia ha adquirido últimamente (y que estamos exponiendo a lo largo de nuestra tesis), coadyuvada en ocasiones con continuas ofertas en todos los medios de difusión (y redes sociales), a veces incluso mediante el reclamo publicitario de figuras conocidas del mundo del espectáculo o del deporte, que pueden provocar en el potencial franquiciado, con frecuencia carente de experiencia pero inmensamente motivado a formar parte de una red supuestamente exitosa, predisposición a aceptar un clausulado generalmente complejo y de difícil negociación, por cuya firma no resulta tan sugestiva como se había anunciado. La ya conocida ausencia de una normativa uniforme dificulta enormemente que pueda combatirse estas conductas a nivel

¹¹⁴ En este sentido, Cfr. FERNÁNDEZ, M. y MARTÍN, J., “La confianza y el compromiso como factores clave de éxito en las relaciones comerciales. Una aplicación empírica en el sistema de franquicia”, *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 15. Nº 1, 2006, págs. 77-100; RAMÍREZ, J. M., “Una primera aproximación sobre los criterios utilizados por los franquiciados en la selección de una enseña franquiciadora”, *XIXC Reunión Anual Asepelt*, Badajoz, 2005; PURVIN, Jr., ROBERT, L., *Fraude en las franquicias. Protéjase antes y después de invertir*, Cía. Edit. Continental, México, 1995; PURVIN, Jr., ROBERT, L., *Fraude en las franquicias. Protéjase antes y después de invertir*, Cía. Edit. Continental, México, 1995; RAMÍREZ, J., GUERRERO, F. y RONDÁN, F.J., “Utilización del análisis conjunto para el estudio de las preferencias de los franquiciadores sobre el perfil de franquiciado”, *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 24, Nº 3, 2006, págs. 979-1012; RAMÍREZ, J., GUERRERO, F., RONDÁN, F.J., BERBEL, J. M. y BARRERA, R., “Identification of the profile of franchisee preferred by the franchisors that operate in the Spanish market”, *5th International Congress Marketing Trends*, Venecia, 2006.

internacional, pese a los intentos del CDFE¹¹⁵, carente de fuerza normativa. Y fue por ello, por lo que nuestra legislación reciente, para proteger al franquiciado de

¹¹⁵ Este Código Deontológico Europeo de la Franquicia (el cual adjuntamos como ANEXO 1, al final del presente estudio de investigación), para comprender su origen y naturaleza, es preciso remontarse al 22 de septiembre de 1972, fecha en la que, al margen de otros precedentes, se constituye en Francia la “Federación Europea de la Franquicia”, concebida como organización sin ánimo de lucro integrada por distintas federaciones y asociaciones nacionales de ámbito europeo que declara como fines el estudio objetivo y científico de la franquicia en todos sus aspectos, la coordinación de las acciones de sus miembros, la promoción de la franquicia en general y de los intereses de sus miembros en particular. La EFF a día de hoy por las Asociaciones y Federaciones de 17 estados, entre ellos los principales miembros de la Unión Europea. Pese a que España carece de representación, resaltamos este CDEF, pues ha sido expresamente asumido y ampliamente utilizado en nuestro país –y aún sigue-. Su importancia radica además, ya que en cumplimiento de sus fines, la EFF tuvo el mérito de anticiparse al legislador llenando el vacío normativo existente a nivel nacional y comunitario y crear un “código ético” o “de buenas prácticas” en el ejercicio de un modelo de negocio que ya en la década de los '70 se empezaba a dar muestras del éxito que estaba por llegar. Así pues, durante años el CDEF fue una extraordinaria herramienta práctica para la seguridad en la contratación, llegando a influir decisivamente en la producción normativa posterior. Su importancia fue tal, que en 1980 el Tribunal de Justicia de la CEE reconoció el valor y utilidad del Código Deontológico por haber establecido una definición de la franquicia y un sistema responsable de buenas prácticas en el ejercicio de esta modalidad contractual. La evolución y la importancia cada vez mayor de la franquicia en la economía europea, así como la entrada en vigor del Reglamento 4087/1988 de exención global aplicable a los acuerdos de franquicia, llevaron a la EFF a revisar su Código Deontológico dando lugar a la versión de 1991, vigente en la actualidad. A partir de los años noventa, tanto el legislador comunitario como los diferentes legisladores nacionales han abordado la regulación de la franquicia pero ello no ha mermado la utilidad del CDEF que, en su preámbulo, declara expresamente que no tiene intención de sustituir los derechos existentes, ya sean nacionales o europeos, ni tampoco de constituir o ser origen de relaciones jurídicas entre las partes de una relación de franquicia, sino que pretende ser un código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la franquicia en Europa. Así pues, podemos ya afirmar que el CDEF es un conjunto de reglas de conducta emanadas de una asociación privada, integrada por otras asociaciones o federaciones de carácter privado cuya única fuerza vinculante residiría en la asunción por voluntad propia o, dicho de otro modo, en el compromiso de los intervinientes en el sector de regular voluntariamente sus relaciones de acuerdo con las mismas. Por tanto, el CDEF no es una norma jurídica. Como se ha dicho y principalmente por no emanar de un cuerpo con

dicha información, aprobó Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, informando éstos a sus franquiciados obligatoriamente sobre diferentes aspectos del potencial contrato o acuerdo de franquicia.¹¹⁶

potestad normativa general, carece de la fuerza vinculante que su origen les confiere al resto de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico. La franquicia como negocio jurídico atípico y el contrato de franquicia, como su principal instrumento rector, encuentran en el CDEF valiosísimas orientaciones extremadamente útiles para regular los derechos y obligaciones de las partes (prestación de servicios, publicidad, deber de información, contenido mínimo del contrato de franquicia, etc.) y todo ello en un marco de equidad y respeto a los derechos de las partes avalado por décadas de experiencia.

Nuestra normativa, y en concreto el artículo 1.255 del Código Civil español señala que: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público;* y es precisamente la autonomía de la voluntad (piedra angular de nuestro derecho de obligaciones y contratos) el mecanismo que permite a las partes dotar al CDEF de la eficacia normativa vinculante de la que originariamente carece. En otras palabras, el franquiciador y franquiciado tienen la posibilidad de convertir las previsiones de CDEF en reglas jurídicas tan obligatorias como las emanadas de la ley y por tanto de obligado cumplimiento y exigibles ante los Tribunales de Justicia. No se agotan aquí las posibilidades pues las partes, en el ejercicio de su libertad, pueden acudir al CDEF como norma supletoria de las cláusulas contractuales pactadas o incluso atribuirles expresamente un valor interpretativo en caso de duda o ambigüedad de alguna expresión o pacto contenido en el contrato. Así pues, podemos afirmar contundentemente que el CDEF, no sólo fue enormemente útil en los inicios de la franquicia en Europa sino que, a día de hoy, constituye una excelente herramienta al alcance de aquellos franquiciadores y franquiciados que deseen dotar a sus relaciones contractuales de un plus de respeto y equidad.

¹¹⁶ Con este RD, el problema o inconveniente planteado desaparece como así queda señalado en su artículo tercero, el cual hace referencia a la información precontractual que se ha de dar obligatoriamente al potencial franquiciado con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia, o incluso señala, a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, debiéndole obligatoriamente de dar por escrito el franquiciador o franquiciado principal al potencial franquiciado la siguiente información

4. OTROS INCONVENIENTES

Indudablemente que son varios los inconvenientes que además de los expuestos se podrán generar. Hay que tener en cuenta que se comienza con costes adicionales que no se dan en la apertura de un negocio propio, ni al inicio

veraz y no engañosa. Así se darán: “los datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se haya totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda; la acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia; la descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél; la experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada; el contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados; la estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción; los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

de cualquier actividad, como son los derechos o cánones de entrada¹¹⁷ y los royalties.

¹¹⁷ El Canon de Entrada es la contraprestación económica que debe abonar el franquiciado a cambio de los beneficios y ventajas que para él se derivan de su incorporación a la red. Canon que suscita su principal inconveniente en resolver en caso de nulidad del contrato o extinción del mismo, si habría que reintegrarlo en la persona del franquiciado. La jurisprudencia parte siempre del contrato a la hora de dar soluciones a los problemas que se someten a su conocimiento. Así, siendo el contrato ley entre las partes, es totalmente lógico que si las mismas acuerdan libremente que el canon remunera la cesión de marca durante todo el contrato, el Franquiciador no pueda retener la totalidad del canon en caso de extinción anticipada.... Por ello, quizá sea conveniente una "revisión conceptual" de los contratos a fin de adecuar los diversos contenidos a su verdadera naturaleza; de modo que prestaciones periódicas o duraderas tengan su correlato en remuneraciones periódicas y prestaciones puntuales se correspondan con pagos puntuales. Ello favorecerá sin duda el deseable equilibrio entre la Central y los miembros de su red al tiempo que evitará consecuencias desagradables en caso de crisis contractual. La doctrina española al respecto es casi unánime, son las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (pionera en la materia) de 9 de septiembre de 2002 (Rec. 787/2001); de 12 de febrero de 2003 (Rec. 751/2002) y de 10 de junio de 2004 (Rec. 69/2003). Se afirma literalmente en esta última resolución: "(...) por tanto, el problema en todo caso radicaría en determinar qué parte del canon de entrada ha podido ser consumido o agotado durante el tiempo en que duró la relación contractual, en este caso durante 15 meses(...)" Siguiendo con el criterio de esta Sala mantenida en el rollo 787/01, se debe entender que, "al menos un 50% del canon viene destinado al know-how de la franquiciadora al franquiciado necesario para el inicio de la actividad propia del negocio, desplazamiento del know-how no negado por la actora, por lo que este concepto se ha de entender consumido. El otro 50% comprenderá entonces la cesión del uso de explotación de las marcas y signos distintivos y la asistencia continuada técnica y comercial, de las que se ha consumido 15 meses de tres años (36 meses). Por ello si el canon fue de 2 millones de (las antiguas) pesetas y el 50% se ha agotado con la transmisión del know-how, la cantidad resultante de 1.000.000 pesetas se ha de dividir por los meses de duración del contrato y multiplicarlo por 15 meses para averiguar la cantidad consumada que es de 416.666 pesetas, de forma que la demandada ha de devolver la cantidad de 583.334 pesetas, es decir, 3.506 euros, más el IVA correspondiente. Es por ello que procederá la estimación parcial del recurso de la parte demandada en este único punto (...)"

Otro inconveniente a resaltar es que hay que invertir en la creación de todos los aspectos del package de franquicia: imagen, precio, producto, etc. Y todo ello puede contribuir al elevado coste de puesta en marcha del potencial negocio, que junto al tener que preparar el establecimiento o tienda piloto, a veces se puede convertir en una auténtica “odisea económica” por parte del potencial empresario.

En ocasiones, al estar integrados en una red, el bajo rendimiento de otros puntos de venta, pueden ineludiblemente afectar a nuestro propio negocio, al igual que si la red de ventas no cumple (o incluso el potencial empresario) con las previsiones iniciales de rentabilidad, afectarían igualmente al normal desarrollo del negocio, e igualmente en todas las ocasiones el beneficio del franquiciado, su éxito, irá ligado al de la empresa franquiciadora, todo el trabajo será en beneficio de la marca global, y no de cada empresario, por lo que puede quedar relegado a un lugar tan secundario que vea frustrado su reputación empresarial.

La pérdida potencial de la libertad que le otorgaría el ser propietario de un nombre comercial o marca, con la consiguiente pérdida de independencia empresarial, sería un gran inconveniente para el potencial franquiciado, al igual que estar directamente relacionado con la suerte del franquiciador, dependiendo totalmente de la gestión que éste realice, llegando en la mayoría de las ocasiones de convertirse en simples niveles consultivos todas las aportaciones que realice el franquiciado, y nunca en ejecutivas para la marca global. Este inconveniente viene solapado a la negativa por parte de la franquiciadora de dejar tomar decisiones libres sobre su propio negocio, incluso cualquier innovación o particularidad que a priori pudiese resultar relevante para el negocio¹¹⁸.

¹¹⁸ La mayoría del apoyo jurisprudencial que existe es casi unánime en definir la relación entre el franquiciador y el franquiciado como dos partes jurídicas y económicamente independientes. Pero alguna doctrina se ha pronunciado resolviendo que las relaciones entre estos sujetos no son iguales, ya que el franquiciado “se encuentra más bien en dependencia del franquiciador y

En el sistema de franquicias es una práctica muy habitual el establecer muchas limitaciones por parte de la franquiciadora para la venta o traspaso del negocio, actitud que parece lógica, ya que el franquiciador ha empleado tiempo y dinero en formar a un franquiciado, y el posterior traspaso, llevaría consigo la incertidumbre de no conocer al potencial franquiciado, al igual que el deber de desembolsar e invertir nuevas sumas económicas para formar y preparar al empresario interdependiente que adquiriría el nuevo negocio.

En definitiva debemos dejar constancia que el mayor dilema que se enfrentan muchos franquiciados emprendedores es desempeñar este modelo de negocio en un terreno de juego como el actual, donde la irrupción de la tecnología e internet está poniendo en jaque numerosos sectores tradicionales de la

no se trata de relaciones entre socios independientes” (por el control y supervisión del franquiciador de la actividad del franquiciado). Lamentablemente, algunos jueces apoyan este punto de vista. Así, en el caso *Awuah v. Coverall North America* (The Massachusetts Supreme Judicial Court from August 31, 2011, *Awuah v. Coverall North America, Inc*, 460 Mass. 484, 2011 Mass. LEXIS 734.), el Tribunal Federal de Massachusetts proclamó que la franquicia –y citamos textualmente-, *no representa un negocio en sí y por eso resulta imposible hablar de sujetos independientes con sus negocios particulares*. Para este Tribunal el contrato de franquicia es un simple contrato de distribución de mercancías o servicios a los consumidores finales de una manera económicamente efectiva, y los franquiciados no son empresarios independientes, sino los empleados de la empresa.

Nuestra opinión es totalmente contradictoria porque el franquiciador y el franquiciado estimamos que son empresarios independientes que actúan en su propio nombre y por cuenta propia, bien es verdad que el control y la supervisión de la actividad del franquiciado, será realizado por el franquiciador, pero creemos que la misma está destinada a alcanzar uno de los fines del contrato de franquicia : el mantenimiento por la empresa franquiciadora de tales condiciones, cuando todas las empresas de la red de la franquicia funcionan de la misma manera. Por lo tanto concluimos inclinándonos con la unanimidad de la doctrina y afirmando que aunque existan elementos de control, el franquiciado y el franquiciador son sujetos independientes, aunque con fines comunes.

economía¹¹⁹. Todos este tipo de compañías o “empresas”, y otras muchas más, que no han esperado a que haya una regulación específica para llevar a cabo sus negocios, sino que se han lanzado a ponerlos en marcha, y que son consustanciales a la innovación, pero que inculcan determinados riesgos para futuros emprendedores que perciban como amenazas la implantación de estos nuevos modelos de negocio, pero que en nuestra opinión podían resultar incluso un acicate para los mismos, ya que tras su regulación podrían constituir una gran oportunidad de negocio para los futuros franquiciadores de esos negocios, ya que los mismos escogerían el modelo de franquicia como fórmula jurídica empresarial, y podrían expandirlos internacionalmente.

¹¹⁹ Destacamos los casos que se están dando en estos momentos en nuestros días con nuevos modelos de negocio, no regulados igualmente, pero sin legislación alguna ni siquiera aparente como son los casos de la denominada “economía colaborativa”, integrada por proyectos – empresarial por su contenido, no por su forma-, cuyo negocio se basa en prestación de servicios con normativa inexistente porque han ido surgiendo (como ocurre con las franquicias) de manera muy rápida, de tal forma que no ha dado tiempo a plasmar sobre el papel las “reglas” por parte de los legisladores, ni tan siquiera ya de las autoridades, y que indudablemente está afectando por ejemplo a sectores de franquicias ya consolidadas, como el caso de la automoción, o incluso de establecimientos hoteleros, que ven disminuido su negocio, por el asentamiento de estas nuevas figuras, que podíamos definir como “ficticios” . Claros ejemplos de esta economía, son los proyectos realizados por “Uber” –compañía que ofrece servicios de transporte privado-, o proyecto “Bla Bla Car” –compañía que pone de acuerdo a conductores con asientos vacíos en sus coches y potenciales acompañantes que pagarían para sufragar el gasto de ese viaje.

CAPÍTULO TERCERO

REALIDAD JURÍDICA Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FRANQUICIA

SECCIÓN VIII.- CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

5. NOTAS CARACTERÍSTICAS

El análisis del contrato de franquicia permite distinguir en él determinados caracteres que se utilizan como base de aquella. Su análisis permite su inclusión en una u otra categoría, con los consiguientes efectos que ello conllevará en relación con su tratamiento jurídico. Así, considerando, la diversidad jurídico-obligacional que en la práctica pueden alcanzar los contratos de franquicia, conviene llegados a este punto, proceder a la clasificación de los mismos en atención a los diversos criterios que para ello utiliza la doctrina.

A) Atipicidad legal

Ni el Código de comercio ni el Código civil o una regulación normativa específica, regula en su extensión esta clase de contratos; son las partes las que por medio de lo estipulado en el clausulado del contrato le hacen producir unos efectos y se obligan a cumplir con ciertas prestaciones. La calificación de un contrato como atípico supone adentrarse en la problemática de la aplicación normativa y, más concretamente, en la de aquellos contratos para los que el ordenamiento jurídico no ha previsto un régimen jurídico específico.¹²⁰ El contrato

¹²⁰ Son muchos los estudios doctrinales sobre la tipicidad del contrato, entre otros, *Vid.* GETE-ALONSO, M.C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, 1979; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, Tomo I, págs. 487 y ss.; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Edit. Civitas, 1997, pág. 205; GARCÍA VILLAVERDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Edit. Civitas, 1990, págs. 3 y ss.; BEDUSCHI, C., "A propósito di tipicità e atipicità dei contratti", *Riv. Dir. Civ.*, 1986, págs. 351 y ss; JORDANO BAREA, J., "Los contratos atípicos", *RLJ*, 1953, págs.51 y ss.; SANTOS BRIZ, J., "Contratos fácticos y atípicos: El contrato como objeto de otro contrato", *AAMN*, Tomo 20, 1976, págs. 299 y ss.; CASTRO LUCINI, F., "Los negocios jurídicos atípicos", *Revista de Derecho Notarial*, 1974, págs. 16 y ss.; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.,

de franquicia está carente de régimen jurídico material, entendido como conjunto completo y cerrado de normas¹²¹ -aunque sí está regulado fragmentariamente y de manera dispersa, pero sin eficacia tipificadora jurídica positiva en sentido estricto, por normas que complementan su desarrollo-

“Los contratos atípicos”, *AC*, Nº 2, 1998, págs. 345 y ss.; GÓMEZ TABEADA, J., “Los contratos atípicos o innominados”, *RJD*, Nº 61, 2007, págs. 161 y ss. En la doctrina comparada, MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Guiffre, 1948, pág. 214; y COSTANZA, M., *Il contratto atípico*, Guiffre, 1981; SACCO, R., “Autonomia contrattuale e tipi”, *RTDPC*, 1966, págs.785 y ss.; FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Guiffre, 1966; DATRILO, G., “Tipicità e realtà nel diritto dei contratti”, *Riv. Dir. Civ.*, 1984, págs. 772 y ss.; y BEDUSCHI, C., “A propósito di tipicità e atipicità dei contratti”, *Riv. Dir. Civ.*, 1986, págs. 351 y ss.

¹²¹ Ello ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a establecer una clasificación de los contratos atípicos que distingue entre contratos atípicos puros o en sentido estricto y contratos atípicos mixtos (*Vid.* JORDANO BAREA, J., “Los contratos atípicos”, *RLJ*, 1953 pág. 82, y la Sentencia del TS de 2 de abril de 1964). Con base en la misma se entiende que los primeros son aquellos contratos que tienen un contenido absolutamente nuevo y del todo extraño a los tipos legales existentes, así como aquellos que están constituidos por una mezcla de elementos legales y extralegales. Son contratos con contenido homogéneo fundados en una causa atípica simple. Por su parte, los contratos atípicos mixtos son los formados por materiales suministrados por la ley, por lo que se componen por elementos conocidos y correspondientes a distintos contratos nominados, aunque dispuestos en combinaciones distintas a las que se observan en tales contratos. Son contratos con contenido heterogéneo, fundados en una causa atípica compleja o mixta, pues las diversas prestaciones que la integran, coordinadas entre sí, constituyen un todo atípico, resultante de partes típicas o atípicas conocidas, dotadas de tipicidad social. En atención a esta clasificación el contrato de master franquicia debe calificarse no simplemente como un contrato atípico, sino como un contrato atípico mixto o complejo, ya que es el resultado de la combinación de distintos esquemas negociables, si bien considerados de modo unitario por las partes y fundados en una causa única, por lo que las distintas prestaciones se encuentran preordenadas a la consecución de un solo propósito negocial en sentido objetivo. Como ha señalado la doctrina, la interrelación de varios elementos típicos altera el efecto de cada uno de ellos por separado y crea una causa de contratar única y diferenciada (*Vid.* SBISA, G., “Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni”, *Tipicità e atipicità nei contratti* (Dir. BUSNELLI), *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Nº 53, Guiffre, 1983, págs. 120 y 121).

Así pues, la franquicia como contrato atípico que es, está íntimamente relacionado con el principio de autonomía de la voluntad¹²². Nuestro ordenamiento concede plena libertad a las partes para pactar cualquier negocio en el que decidan comprometerse y vincularse recíprocamente. En virtud de ésta, las partes de un contrato pueden celebrarlo sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley.¹²³ El reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada como fuente creadora de contratos, al margen de los legalmente contemplados, es doctrina consolidada en el TS. Así, puede citarse la clásica sentencia de 21 de abril de 1964, en la que se afirmaba que las partes pueden estructurar libremente sus convenios conforme a sus necesidades y posibilidades, pues aunque la ley prevea y regule determinados tipos de contratos, cuando no alcancen la pauta legal para la determinación del contenido del contrato, debe éste quedar establecido de acuerdo con la voluntad de los contratantes, ya que el contrato mismo es ley para ellos. Sin embargo dicho principio de autonomía no tiene carácter absoluto, sus límites vienen impuestos por el propio ordenamiento que lo justifica y en concreto vienen recogidos en el artículo 1255 del Cc que establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las

¹²² La necesidad de adaptación de cada contrato a los legítimos fines que los contratantes pretenden en la práctica obtener, es el fundamento económico de esta regla. Así, DÍEZ – PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Edit. Civitas, Tomo II, 1993, pág.487, quien trae a colación la Sentencia del TS de 27 de febrero de 1950, que establece que: *al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la libertad de los contratantes.*

¹²³ *Vid.* DÍEZ- PICAZO, L., “*Fundamentos*”, *op. cit.*, pág.487; al señalar que al mismo tiempo, estos contratos tienen la posibilidad de modificar o de sustituir la disciplina normativa correspondiente a un tipo de contrato según los concretos intereses que en cada caso, traten de encontrar cauce por medio de la relación contractual que las partes crean.

leyes, a la moral, ni al orden público”. Aunque tal y como apuntó el TS en sentencia de 22 de mayo de 2003, por su carácter genérico, dicho artículo no puede servir de fundamento de un motivo de casación si no va acompañado de otros preceptos que lo desarrollan.¹²⁴ Entre el ordenamiento jurídico y autonomía de la voluntad existe una polaridad inmanente cuyo alcance y contenido constituye uno de los temas centrales del Derecho Privado.

En definitiva, este contrato de franquicia atípico plantea dos problemas fundamentales que serán solventados por la normativa que haya aplicable al caso y el propio contrato estipulado por ambas partes; primero, el relativo a los límites dentro de los cuales es admisible y debe considerarse válido y eficaz; y, en segundo lugar, se refiere a determinar, a falta de normativa específica y general para este tipo de contratos, precisar la manera de interpretarlos e integrar sus lagunas o deficiencias.

B) Contrato bilateral y sinalagmático

El contrato celebrado por ambas partes, produce obligaciones recíprocas para las mismas; así, el franquiciador se obliga a transmitirle un know-how, a prestarle una asistencia técnica y continuada, a permitirle el uso de la marca, suministrar y abastecer de los producto y/o servicios objeto del negocio, etc.; por otra parte el franquiciado se obliga a pagar las regalías, a no revelar el secreto empresarial, a cumplir en forma rigurosa con el manual de instrucciones dado por el franquiciador, etc.¹²⁵; el contrato de franquicia además de ser bilateral, es a su

¹²⁴ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255 Cc”, en *Comentarios al Código civil* (Coord. BERCOVITZ), Edit. Thomson-Aranzadi, 2006, pág.1497; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, *ADC*, Vol. 35, Nº 4, 1982, págs. 987 y ss.

¹²⁵ En este sentido destaca el pronunciamiento de una antigua sentencia que resolvía la bilateralidad de las obligaciones en los contratos, basados en la atribución patrimonial y la

vez sinalagmático, en tanto las obligaciones de cada una de las partes del contrato son correlativas entre sí. De la configuración estructural del contrato se evidencia claramente una nota de colaboración estable y la concurrencia de un interés compartido¹²⁶ cimentada sobre un interés común fruto de la imbricación de intereses particulares, pero sin trascendencia casual asociativa o consorcial. Pero debemos dejar claro, que los efectos organizativos dimanantes del contrato de franquicia no resultan del acuerdo de voluntades orientado a la realización de un fin lucrativo común mediante la puesta entre ambas partes de dinero, bienes o industria, sino que no existe ninguna voluntad de constituir una sociedad, y por ello se pretende evitar el régimen jurídico propio de las sociedades, manteniendo el régimen propio de las relaciones obligatorias sinalagmáticas¹²⁷.

Caso distinto y excepcional –pero muy posible–, sería el hecho de que el dueño de la red franquiciada –el propio franquiciador– quisiera participar con los distintos franquiciados en nuevas sociedades –a medias o en la proporción que se

interdependencia de las dos relaciones contractuales. Concretamente nos referimos a la sentencia del TS de 3 de diciembre de 1955, que ponía de manifiesto textualmente resolviendo, “que las obligaciones bilaterales tienen un sinalagma doble: uno genético, en cuanto que una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y otro funcional, con el que se expresa precisamente la interdependencia o reciprocidad que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el desarrollo de la relación contractual(...)”

¹²⁶ Vid. RUIZ PERIS, J.L., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2007, pág.102; idem, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Edit. Aranzadi, 2000, págs. 87 y 88; al señalar que la colaboración estable supone la superación del esquema de cambio que ha regido la comercialidad de los signos precedentes, en la medida en que ha permitido una transacción entre los intereses particulares de los sujetos tradicionales mediante un reparto de las funciones comerciales y una división de las cargas económico-financieras de la operación.

¹²⁷ En este sentido destaca la doctrina, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato de concesión*, Edit.Aranzadi, 2007; MORENO QUESADA, B., *La oferta del contrato*, Edit. Nereo, 1963; e igualmente, LÓPEZ GUZMÁN, F., “*El contrato de franquicia...*”, *op. cit.* págs. 197 y ss.

estime-, con la que estipularía contratos individuales con cada una, en cuyo caso parece que estaríamos ante la existencia de un grupo de sociedades a través de las cuales el franquiciador pertenece a la mismas.¹²⁸

C) Contrato oneroso

En los contratos de franquicia ambas partes contratantes pretenden una utilidad común –aunque de manera independiente-, gravándose recíprocamente. A cambio de este gravamen, por un lado el franquiciador persigue ampliar la comercialización y distribución de sus productos y/o servicios, desea penetrar a otros mercados, mientras que por otra parte, el franquiciado, realiza una inversión en un negocio rentable y con un éxito garantizado. Los contratos onerosos son aquellos en los que al menos hay dos atribuciones patrimoniales recíprocas. En la franquicia el derecho a explotar un modelo de negocio se otorga en contraprestación de una compensación financiera –canon de entrada, royalty, pagos mensuales de publicidad, etc.-, la posibilidad de estipular un contrato de

¹²⁸ En el momento que nos referimos a grupo, queremos decir, a los elementos específicos de la sociedad; control y dirección unitaria. Respecto a la noción de grupo la doctrina es unitaria; EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Edit. Comares, 2003, págs. 6 y 7; idem, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*. La tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y grupo, Ministerio de Justicia, 1987; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en Derecho español”, *Derecho de sociedades. (Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero)*, Tomo V, Edit. McGraw-Hill, 2002, págs. 5310 y ss; RUIZ PERIS, J.I., “Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores”, *RDM*, Nº 218, 1995, págs. 1447 y ss., y; ROJO, A., “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *RDM*, Nº 220, 1996, págs. 457 y ss. Sobre el diferente modo y operatividad en el seno de los grupos jerárquicos y por coordinación, por todos; *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de grupos de sociedades*, Edit. Comares, 2003, pág.7. Específicamente en cuanto a los grupos por coordinación; *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. y RUIZ PERIS, J.I., “Los grupos en el ordenamiento jurídico”, *Grupos empresariales de la Economía Social en España*, Ciriec, España, 1999, págs. 99 y ss.

franquicia que no derive ninguna ventaja patrimonial para el franquiciador –ni siquiera indirecta-, parece inviable.

El problema de fondo entre onerosidad y gratuidad de los contratos lo suscita la regulación establecida en el artículo 1274 Cc, como es sabido, si pueden existir contratos en los que no se recibe nada a cambio de lo que se da, pero que no parecen movidos por ningún ánimo de liberalidad o desinteresado. Ello ha llevado a la doctrina civilista a distinguir entre tesis subjetivas y objetivas¹²⁹; a nuestro parecer la tesis objetiva es la más razonable y, en consecuencia, atendiendo tanto a la especial configuración de nuestro contrato y a su estructura económica, resulta evidente la existencia de atribuciones o ventajas patrimoniales para las partes, siempre directas para los franquiciados y, en algún supuesto nuevamente excepcional, solamente indirectas para el franquiciador titular del bien. Por lo tanto, la contraprestación es una consecuencia natural de este tipo de contratos y, por tanto, son contratos onerosos.

D) Contrato consensual

La perfección de estos contratos se produce por la mera concurrencia del consentimiento de ambas partes, no estando sometidas su validez a ningún

¹²⁹ En la tesis subjetiva, para que un acto sea tenido por gratuito es necesario que proceda de una intención de liberalidad. No es suficiente una intención liberal abstracta y teórica. Para que el acto derivado de ella sea gratuito es necesario que la intención liberal haya formado parte de la economía del acto de cuya naturaleza se trata. En esencia, el acto a título gratuito es sinónimo de desinteresado. La tesis objetiva, por su parte, se funda exclusivamente en la estructura económica del acto, sin contemplar los especiales intereses que hayan movido a las partes - la intención liberal no es otra cosa que el consentimiento contractual aplicado al contrato gratuito-, y detectar si en él existen atribuciones o ventajas patrimoniales para ambas partes o sólo para una de ellas, aun cuando estas ventajas pueden en ocasiones ser indirectas. (*Vid*, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *AAMN*, Nº 16, 1968, págs. 255 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Edit. Civitas, Tomo I, 2007, págs. 101 y 102).

requisito ulterior, salvo que dicho consentimiento sea de alguna u otra forma “viciado”. Nuestras normas del Derecho Común, concretamente los artículos 1254 y 1258, regulan el consentimiento de este tipo de contratos.

Las exigencias de forma documental e inscripción de este contrato derivan tanto del Real Decreto 2485/1998, como del vigente Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, al igual que de las normas de propiedad industrial, constituyendo un requisito para conseguir la inscripción en el Registro de Franquiciadores. Luego la forma escrita en el contrato de franquicia constituye, en principio, un requisito *ad probationem*, de tal manera que lo manifestado por el documento contractual prevalece sobre cualquier otro medio probatorio.

E) Contrato complejo

Al tratarse de contratos de transferencia de tecnología, los contratos de franquicia están sujetos al cumplimiento de una serie de formalidades específicas. En alguna ocasión, se exigirá forma escrita, sin perjuicio de que al ser contratos de adhesión se utilicen formularios que simplemente son firmados por los adherentes. Son contratos complejos en la medida en que son resultados de la combinación de diversos negociales en los que, por virtud de una causa única y común, las distintas prestaciones procedentes de los tipos negociales originados, están íntimas y orgánicamente mezclados y preordenados a la conservación de un único propósito negocial objetivo.¹³⁰

¹³⁰ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, F., *El contrato de franquicia...*, *op. cit.* págs. 197 y ss; MASSAGUER FUENTES, J., *El contrato de licencia...op.cit.*, pág.84; RUIZ PERIS, J.L., *Los tratos preliminares ...op.cit.*, pág.99; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Madrid, 1991; HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Edit. Civitas, Madrid 2000.

En el contrato de franquicia podrán detectarse fácilmente elementos propios de los contratos de compraventa, arrendamiento, contrato de licencia de marca, patente y/o know-how, contrato de agencia –compatible en estructura y función económica-, pero todos y cada uno de los elementos gozan de independencia respecto del tipo contractual originario y se funden como consecuencia de una causa común. En este sentido el contrato de franquicia es un contrato complejo formado por la fusión de prestaciones que han sido tomadas de contratos de diversa naturaleza.

F) Contrato de colaboración empresarial

En el contrato de franquicia debe existir obligatoriamente una mutua cooperación, convirtiéndose ésta en una de sus notas esenciales. Con dicha cooperación se benefician ambas partes contractuales, y por ende, atendiendo a la actividad que analizamos, en beneficio de la “red” –franquiciada-. Como ya citamos, la mayor parte de la doctrina ubica a la franquicia en la categoría de los llamados contratos de colaboración, donde una parte realiza una actividad en concurrencia con la otra, si bien de manera independiente.¹³¹

Otro sector importante de la doctrina¹³², señala que la cooperación se manifiesta igualmente en la corresponsabilidad que ambas partes –franquiciador y franquiciado- tienen ante el consumidor para que éste salga beneficiado, compensado y no damnificado, ya que en la oferta del bien o servicio en el mercado, coadyuvan a la satisfacción del consumidor o usuario.

¹³¹ Vid. MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1948, pág.536.

¹³² Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Aproximaciones al franchising. Especial relevancia al régimen de la responsabilidad”, en *Homenaje al Dr. Jorge Buztamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires; GHERSI, C.A., *Contratos civiles y mercantiles. Parte general y especial*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 37 y 38.

G) Contrato *intuitu personae*

Los contratos de franquicia se celebran teniendo en cuenta las cualidades y características del futuro franquiciado. Al seleccionar al futuro franquiciado, el dueño de la red se detendrá principalmente en dos criterios: el financiero y el psicológico. Indudablemente la capacidad económica le interesa, ya que deberá afrontar unos determinados pagos y la solvencia del mismo será un punto importante de partida de la futura relación contractual; pero casi más importante será el factor que define a las cualidades del futuro franquiciado, su espíritu empresarial, la capacidad de organización, el liderazgo, y sobre todo, el contacto humano entre ambos; sin duda se va a convertir en el empresario en el que va a confiar transmitiéndole su negocio y haciendo posible, que pueda explotarlo. Dicha explotación del negocio les creará una serie de obligaciones a cada uno de ellos, que estarán basadas en la mutua confianza –recordemos la base de los contratos de colaboración-. Por lo tanto el carácter duradero de la relación surgida del contrato y la peculiaridad del bien jurídico objeto del mismo, así como la obligación principal que conlleva, hacen que las cualidades personales y la organización empresarial, influyan notablemente en la elección del mismo como contraparte contractual.

La doctrina ha sido unánime igualmente a la hora de definir dicho contrato como *intuitu personae*. (Sentencias de la AP de Lugo de 23 de noviembre de 2007, AP de Madrid de 2 de junio de 2005, AP de Girona de 27 d noviembre de 2003, AP de Huesca de 20 de noviembre de 1998, y AP de La Rioja de 13 de julio de 1993).¹³³

¹³³ Vid. ORTUÑO BAEZA, M.T., *Licencia de Marca*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 162 y 163; sostiene que la característica del *intuitu personae* se ha ido desplazando por la de *intuitu instrumenti*.

H) De duración y de ejecución sucesiva

En el contrato de franquicia, las prestaciones que han de realizar las partes, no se realizarán en un solo acto, esto significa, que los efectos del contrato no se agotarán en una prestación única, sino que la correcta ejecución del mismo, requiere de la reiteración en el tiempo de una serie de prestaciones debidas en virtud de la celebración del contrato.¹³⁴

Las obligaciones se van cumpliendo en forma regular; así, el franquiciado se obliga a pagar periódicamente unas regalías o royalties, según han convenido ambas partes contratantes; y por otro lado el franquiciador le presta asistencia técnica y asesoramiento continuado.¹³⁵

¹³⁴ Cfr. MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato ...*, *op. cit.* 2009, pág. 163; igualmente la doctrina ha definido las relaciones obligatorias duraderas que comentábamos como aquellas cuyo desenvolvimiento supone un periodo de tiempo, más o menos prolongado y, por tanto, una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas (Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, *op. cit.*, pág. 322); sin embargo, como señala igualmente la doctrina, estaremos ante contratos de ejecución instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o prestaciones previstas en él, así en la doctrina mercantilista el maestro GARRIGUES, J., “Los agentes comerciales”, *RDM*, N° 83, 1962, pág. 21; considera que la diferencia entre los contratos de ejecución instantánea y de duración estriba en la diversa función que cumple el tiempo en que la prestación se realice en un momento determinado y sólo cuando así ocurre, aquel interés queda satisfecho, en los contratos de ejecución instantánea. Por su parte, en los contratos de duración, el interés del contratante reside en que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo, y ello precisamente porque esa prestación responde obligatoriamente una necesidad estable del tiempo establecido.

¹³⁵ Como dice, MARZORATI, O.J., “Contrato de franquicia comercial”, en *Derecho de los negocios internacionales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2003; y del mismo autor las obras: *Franchising*, Edit. Astres, Buenos Aires, 2001; e igualmente, “El joint venture y las reglas de defensa de la competencia”, en *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996; las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuo y deben cumplirse en los

En definitiva el ser calificado como un contrato de tracto sucesivo, en la medida en que la actividad de las partes, considerada en términos estrictamente económicos, se resume en actos singulares que se ejecutan reiteradamente durante el periodo de tiempo de vigencia del contrato, sin que quepa pensar en un único acto económico promotor continuado a lo largo del tiempo. En este sentido, sobre la distinción de las obligaciones duraderas entre obligaciones de tracto sucesivo y continuo, hay quienes distinguen entre obligaciones de tracto único, aquellas en las que la prestación se agota en un solo acto o en varios, mientras que las obligaciones duraderas, serían aquellas en las que la prestación consiste, bien en una conducta permanente de tracto continuo, bien en la realización de actos reiterados durante cierto tiempo, de tracto sucesivo o periódico¹³⁶.

I) Contrato de empresa en el que es necesaria la tutela de la empresa contratante débil

Cuando se clasifican los contratos, puede atenderse a un criterio que se basa en la condición de las partes que intervienen en el contrato: de esta forma, podría distinguirse entre contratos entre particulares, contratos de consumo, contratos de empresa y contratos en los que interviene el Estado. Esta clasificación, que diferencia diversos modelos contractuales y las consecuencias que de cada uno de ellos se derivan, ha sido puesta de relieve por el maestro MEZZASOMA¹³⁷. Habremos de prestar atención a los que se han señalado en

periodos convenidos, ya sea que el contrato se haya estipulado por tiempo determinado o a término indefinido.

¹³⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, *op. cit.*, pág. 322; ALBADALEJO, M., *Derecho civil*, Edit. Bosch, Tomo II, Vol. I, 1997, págs. 426 y 427; GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, 1995, pág. 486.

¹³⁷ Así puede encontrarse en MEZZASOMA, L., “Novedades en materia de Derecho de Consumo y de Derecho de Contratos”, *Conferencia clausura Máster Universitario en Derecho de los Negocios*, Granada, septiembre 2014; y en Ponencia, “Novedades del Derecho de contratos en

tercer lugar. Son contratos de empresa, entre empresarios, que en algunas ocasiones se celebran entre contratantes que ocupan una posición diferente en la relación contractual.

Si el primer grupo de contratos está conformado por los contratos que se pactan entre particulares (entre iguales), para los que rigen las normas generales de los Códigos y las leyes complementarias de éstos; el segundo grupo, que podría dar lugar a lo que se conoce como *segundo contrato*, cuando hay acto de consumo, sería el que abarca los contratos de consumo. En este aspecto, la necesidad de proteger al contratante débil –consumidor- frente al contratante fuerte –profesional- podría alcanzarse cambiando para el mismo, en cierto modo, las propias reglas del contrato, tanto en lo que afecta a los deberes precontractuales y contractuales de información, por ejemplo, que limitarían el axioma general del principio de la autonomía de la voluntad o, una vez perfeccionado el contrato, o la consagración del derecho de desistimiento, que limitaría a su vez el propio pacto y la norma asumida de que lo pactado es ley entre los contratantes; e incluso sustituyendo el principio de libertad de forma por la necesidad del contrato se pacte necesariamente por escrito (como otra muestra de protección) o, entre otras cuestiones, el dotar al juez de un mayor poder de interpretación e incluso de integración del contrato, merced a la posibilidad o facultad de que pueda ejercer un verdadero control que le llevará a decidir si hay desequilibrio que traiga consigo consecuencias jurídicas y perjuicio para el consumidor, abuso de Derecho o cláusulas abusivas que pueden declaradas como tales y, por ellos, tenerse por no puestas en el contrato (por nulas). En este aspecto la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos ha dictado normas tuitivas

Italia y la tutela del contratante débil”, en el *X Congreso Internacional de Derecho Privado, Punta del Este*, Universidad de la República, Uruguay.

y tutelares que constituyen lo que se ha llamado el Derecho del Consumo o Derecho de los Consumidores.

Pero nuestro comentario viene referido a la consideración de un *tercer contrato*: aquel que se celebra entre profesionales, entre empresas, que no se encuentran en el mismo plano, contrato que exige –ahora por otras razones–, una tutela del profesional débil frente al profesional fuerte. Si en los contratos de consumo podía hablarse de un contratante, el consumidor, débil jurídicamente, en este nuevo tipo de contrato, debe hacerse de un contratante –el que contrata con el profesional o empresario fuerte– débil económicamente. La asimetría en la fase de formación del contrato de los primeros, se corresponde con la asimetría en la fase de ejecución de los segundos. Esta interesante y atractiva opinión doctrinal, permite incluir, como ejemplo, el contrato de franquicia, dentro de los contratos de distribución¹³⁸. También en este grupo de contratos se dará una situación de asimetría pero no tanto en la fase de formación del contrato como en la de ejecución, como hemos indicado, y fundamentalmente en los contratos de ejecución continuada. Y en ellos es necesaria una protección a la parte débil pues es fácil que tenga lugar un abuso en base a la dependencia económica de una de las partes. Así lo señala VACCÁ¹³⁹ concretando cómo se contiene, en los contratos, como causa de disolución de estos contratos, el incumplimiento por parte del franquiciado de muchas de sus obligaciones como no abonar el canon o

¹³⁸ *Cfr.*, sobre estos contratos, *Il Diritto della distribuzione commerciale* (a cura di NELLA, L., MEZZASOMA, L. y RIZZO, V., Collana: Consumatori Oggi, 18, Náples 2008. *Ibidem*, por lo que se refiere a la franquicia, VITI, M., “Il contratto di affiliazione commerciale (franchising)”, págs. 531-567.

¹³⁹ VACCÁ, C., “Franchising: una disciplina in cerca di identità,” *Contratto e impresa*, 2004, Nº 2, CEDAM, págs. 870 y ss. Del mismo autor, “Gli accordi di franchising, fra disciplina legislativa ed autonomia contrattuale”, *Rivista di diritto dell'impresa*, 2004, Nº 1, Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 106 y ss.

royalty, el haber causado descrédito a la imagen del franquiciador, la violación del pacto de exclusiva, etc., en tanto que son muy pocas o incluso ninguna las causas que pueden encontrarse, con esta misma consecuencia, en relación con el comportamiento del franquiciador. El abuso consiste, en definitiva, en hacer prevalecer su posición de preeminencia o prevalencia por una de las partes para asegurarse determinadas ventajas en la relación contractual frente a la otra. Es en estas circunstancias cuando debe intervenir el juez porque, *Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica e nullo*¹⁴⁰.

Señalemos, por el momento, que el contrato de franquicia, es uno de estos contratos en que existe una diferente posición contractual, subordinada para uno de los contratantes, un desequilibrio entre los mismos y una situación que debe ser corregida. Algunos ordenamientos jurídicos han dictado normas específicas para ello¹⁴¹, cuya finalidad es proteger a la parte más débil en el contrato,

¹⁴⁰ Como se señala en el Derecho italiano en el párrafo tercero del artículo 9.1, de la Ley de 18 de junio de 1998, N° 192 en el que se disciplina el ilícito consistente en el abuso de la independencia económica, aplicable a todos los contratos de empresa.

¹⁴¹ La *Federal Trade Regulation Rule*, de 21 de octubre de 1979, en los Estados Unidos, reguló las relaciones entre las partes contratantes con especial detalle en lo que se refiere a los tratos preliminares en la formación del contrato y en las causas de extinción de la relación. Vid. DE GUTTRY, "Il problema della termination nel contratto di franchising", en AAVV, *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milan 1983, págs. 78 y ss; VACCÁ, C., "Gli accordi di franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto", en *Diritto Commerciale Internazionale*, 1990, págs. 243 y ss. Cfr., igualmente, CATALANO, R., "Autonomía privada y desequilibrio de la fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el Derecho italiano y europeo", *Revista de Derecho Privado*, N° 6, noviembre-diciembre 2012, págs. 11 y ss. En el Derecho francés, el Código de comercio (tras la Ley N° 89-1008, de 31 de diciembre de 1989, *Loi Duobin*) establece en el 530-3 la obligación de toda persona que pone a disposición de otra un nombre comercial, un signo, una marca, mediando algún pacto de exclusividad para el ejercicio de su actividad, debe previamente a la firma del contrato, facilitar o entregar a la otra parte un documento "donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause", al objeto de proteger al contratante que ha de adherirse al contrato, al

pudiendo encontrar el paradigma de los mismos en los contratos de distribución comercial.

No debemos olvidar tampoco que la mayor parte de los contratos de franquicia son contratos de **adhesión**, con un contenido impuesto por una de las partes. La Ley de Condiciones de la Contratación señala en su Exposición de Motivos: “La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”, lo que justifica que, en el texto articulado, se describa el ámbito subjetivo, incluyendo tanto las relaciones de profesionales con consumidores, como las de profesionales entre sí¹⁴².

futuro franquiciado. Esta norma se ha completado con la Ordenanza 86-1243 de 1 de diciembre de 1986 cuyo artículo 8 se dedica al estado de dependencia económica. *Vid.* FERRIER, “Ordonance 1er décembre 1986, art. 34 et 36-2 et contrats de franchise”, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1987, N° 2, págs. 3 y ss. Para el Derecho italiano, *cfr.*, VACCÁ, C. “Franchising...”, *op. cit.*, donde describe la legislación vigente y los pronunciamientos jurisprudenciales y, de modo especial, la nota 81, pág. 895, en la que se recoge abundante bibliografía italiana. También en España, algunos Proyectos legislativos, a los que más tarde se aludirá, han exigido esa información previa al contrato, por escrito, con un plazo mínimo establecido legalmente, con plazos de preaviso diferentes según la parte a que correspondan, etc., demuestran la consideración de que debe limitarse la autonomía privada y la libertad de pactos, para proteger al contratante necesitado de la especial protección.

¹⁴² Artículo 2. Ámbito subjetivo; 1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

SECCIÓN IX.- OTRAS FIGURAS AFINES AL CONTRATO

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

Antes de proseguir, y una vez delimitadas las características principales del contrato de franquicia, debemos abordar la delimitación negativa de este mismo contrato, es decir, su delimitación frente a otras figuras afines. El contrato de franquicia, como se ha indicado, presenta elementos coincidentes con otras figuras contractuales, tanto típicas como atípicas, e incluso en ocasiones, está integrado por éstas, no obstante, ello no implica identidad. Por lo tanto, se hace necesario, proceder a la diferenciación de las figuras más afines desde una perspectiva tanto funcional como estructural. Es conveniente señalar que el contrato de franquicia –como citábamos–, es un negocio complejo que involucra otros convenios- Es un contrato atípico, en la mayoría de los países como veremos, y autónomo, aunque eso sí, mantienen también muchos puntos en común con otros contratos, en especial con la distribución.¹⁴³

2. RESPECTO A CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

A) Contrato de distribución

La figura de la franquicia con respecto de los principales exponentes de la colaboración empresarial distributiva, el contrato de concesión, el contrato de agencia y el –comprometido a veces–, contrato de venta piramidal, presentan preceptos muy diferentes aplicables a unos y otros. Las diferencias con respecto a la distribución son amplias; así mientras en la distribución mercantil, relaciona dos empresarios independientes, estableciendo colaboraciones muy parciales y

¹⁴³ En este sentido, incluso la doctrina francesa ha llegado a afirmar que la franquicia es “la forma americana de distribución o concesión de venta exclusiva europea”, con la simple diferencia de que el franquiciado paga un importe a título de entrada y usa la marca del franquiciador.

limitadas, en la franquicia se transmite el saber hacer de un negocio concreto al franquiciado, que de esta forma se convierte en empresario, ligado al franquiciador por un sistema de información ya experimentado y de demostrada eficacia con el fin de que actúe por cuenta propia, con transmisión de la esencia del negocio, de acuerdo con unas técnicas comerciales anteriormente experimentadas a cambio de una serie de prestaciones económicas; en la franquicia igualmente, se presenta una transferencia de tecnología del franquiciador al franquiciado, pues aquel le concede a éste, el uso de una marca y/o licencia de patente, un secreto empresarial, le provee de ciertos productos, le presta asistencia técnica; pero por el contrario en los contratos de distribución no hay transmisión de un secreto empresarial, ni tampoco asistencia técnica o licencia de patente –aunque si podrá cederse, licencia de uso de marca-, y además el distribuidor podrá usar su propia marca e incluso sus propios signos distintivos; las obligaciones del franquiciado en la franquicia son rigurosas y de obligado cumplimiento, las instrucciones se han de seguir de manera estricta, aunque ello no significa que el mismo pueda hacerle todas las sugerencias y consideraciones que estime oportunas; por el contrario en los contratos de distribución, el margen para desempeñar sus obligaciones, es más amplio, lo único que deberá respetar obligatoriamente, como todo tipo de contrato, son las normas de competencia desleal; en las franquicias se paga un importe por el derecho a entrar en el negocio y numerosos pagos –en concepto de royalty, publicidad, etc.-; mientras que la distribución, lo único que se paga, es el valor de las mercancías que se van a revender a continuación; otra diferencia resaltable la constituye la uniformidad de la imagen corporativa, pues mientras en la franquicia se conserva una identidad, en la marca y en los signos distintivos, en la distribución selectiva el distribuidor tiene plena autonomía para poder organizar a su libre albedrío sus locales;¹⁴⁴ y un contrato de distribución es aquel por el cual

¹⁴⁴ Vid. LÓPEZ GUZMÁN, F., *El contrato de franquicia ...*, op. cit., págs. 197 y ss.

un fabricante o suministrador de bienes otorga a un distribuidor el derecho a revender o suministrar esos bienes, el distribuidor es de titularidad y financiación completamente independiente y compra los productos del suministrador que le ha otorgado los derechos de distribución; mientras que en los contratos de franquicia hay en cambio una cláusula de exclusividad en la mayoría de los casos que establece que el franquiciado debe comercializar sólo los productos del franquiciado.¹⁴⁵

a) Propuesta de codificación del código mercantil

Atendiendo a la nueva normativa que en breve se supone que entrará en vigor –aunque como desarrollaremos más adelante, nosotros tenemos nuestras serias dudas, al menos que sea inminente–, una vez que el pasado día 20 de junio de 2013, la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación presentó su propuesta de Código Mercantil, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica y unidad al mercado en España –y que según el Ministerio, este nuevo Código Mercantil, verá la luz antes de finalizar la presente legislatura en la que nos encontramos inmersos–, este nuevo texto pretenderá –si finalmente tiene su destino–, no sólo sustituir al Código de Comercio vigente, sino aunar en un único texto toda la legislación mercantil, incluyendo materias que hasta la fecha carecían de regulación, como el contrato de distribución.

La propuesta define en su artículo 543 la noción de distribución y sus distintas modalidades, entre las que incluye el contrato de franquicia. Pero por otro lado, se excluye expresamente de la regulación general de la distribución a los

¹⁴⁵ Cabe citar el estudio que sobre los mismos realiza, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución comercial”, Cap. 61, *en Lecciones de Derecho Mercantil* (Coord. APARICIO, M^a.L.), Tomo II, 11^o ed, Edit. Civitas, Madrid, 2013, pág.187.

contratos de agencia, franquicia industrial, comercialización productos o servicios financieros, contratos de plataforma logística y aquellos contratos que comporten una vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y el distribuidor. Sobre la conclusión del contrato de distribución, la propuesta prevé la obligación de las partes de observar una serie de deberes precontractuales como la entrega de información comercial y técnica, la obligación de confidencialidad sobre la información recibida, así como las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. De entre las obligaciones contractuales, destaca el artículo dedicado a la determinación de los objetivos comerciales, al prever que, en caso de desacuerdo sobre los mismos, se determinarán mediante arbitraje o perito independiente, lo que puede generar cierta incertidumbre por su ambigüedad e inconcreción. La propuesta prevé igualmente, que el deterioro por parte del distribuidor de la imagen de la marca o prestigio del proveedor dará derecho a éste a resolver el contrato y, en cuanto a la duración de los contratos de distribución, la propuesta se ajusta a lo previsto actualmente para los contratos de agencia en la ley de 1992, señalando que el plazo de preaviso para la extinción de los contratos de duración indefinida será de un mes por año de vigencia con máximo de seis meses; consagrando que su incumplimiento da lugar a exigir una indemnización por los daños y perjuicios.

Merece ser destacado el artículo 543-22 de la propuesta, toda vez que prevé que los contratos de duración indefinida no se podrán denunciar antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones, salvo que quien denuncie ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar, e igualmente es significativo lo previsto en relación con el stock tras la terminación del contrato, ya que se dispone que la mercancía en poder del proveedor o del distribuidor que haya sido impuesta contractualmente deberá ser adquirida por el otro contratante al precio de venta o de compra establecido en el contrato.

Finalmente, resulta interesante destacar que la regla general del artículo 543-24 de la propuesta es que, salvo pacto en contrario, la terminación de los contratos de distribución no dará lugar a una indemnización por clientela – indemnización que más adelante estudiaremos, que si que le corresponde a los contratos de franquicia siempre y cuando se den determinadas circunstancias, diferencia pues relevante con este tipo de contratos-.¹⁴⁶

En definitiva son muchas las similitudes y a la vez diferencias entre ambas figuras contractuales, y el devenir normativo, hará que las mismas aumenten y se extiendan en ambos sentidos.

B) Contrato concesión mercantil

El contrato de concesión mercantil consiste en todo acuerdo de voluntades por el que un empresario, el concesionario, pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comerciante, el concedente, para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices y supervisiones del concedente, aunque en nombre y por cuenta propios, los productos cuya exclusiva de reventa se le otorga en condiciones predeterminadas¹⁴⁷. Se presenta así el contrato de concesión,

¹⁴⁶ No obstante, el párrafo segundo del citado artículo 543-24, señala que el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra, al menos, una de las siguientes circunstancias: incremento del número de clientes, entrega de un listado de clientes o existencia de un pacto limitativo de la competencia poscontractual. La actual redacción de la propuesta genera la duda de si, en los supuestos específicos y excepcionalmente previstos, existe el derecho a la indemnización por clientela aunque no se hubiera pactado expresamente tal derecho.

¹⁴⁷ Dicho concepto lo recoge nuestra doctrina, en concreto IGLESIAS PRADA, J.L., “Notas para el estudio del contrato de concesión Mercantil”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría (AAVV)*, Civitas, 1978, pág. 253; VALENZUELA GARACH, F.J., “El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral”, *RDM*, 1997, págs.1297-1324; SÁNCHEZ CALERO, F., “El contrato de concesión mercantil y el de franquicia”, en *Principios de Derecho Mercantil* (Rev.SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.), Tomo II, 19ª ed, Thomson

como un contrato mercantil, por el que se genera una relación de colaboración estable orientada a la comercialización de los productos del fabricante por cuenta y riesgo del concesionario mediante su integración económica en la organización empresarial del concedente.¹⁴⁸ Sin embargo el contrato de franquicia actúa como el instrumento que dota de cobertura jurídica al concreto interés del franquiciador de que se desarrolle una red de franquicia y se cree la misma, explotando su modelo de empresa sin asumir éste, las obligaciones propias de sus franquiciados; mientras que la concesión, al concedente se le permite una suerte de canalización de objetivos y estrategias comerciales a través de la institución de una red de distribuidores que comercializan sus productos. Además la normativa es clara y explícita a la hora de definir el contrato de franquicia, el artículo 2.1 del RD 201/2010 de 26 de febrero por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1.996 de ordenación del comercio minorista define la actividad comercial en régimen de franquicia y, expresamente en su apartado 3, el indicado artículo dispone: “no tendrá la consideración de franquicia el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva por el cual un empresario se compromete a adquirir, en determinadas condiciones, productos normalmente de marca a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia

Reuters, Madrid, 2014, págs. 159 y ss; y, siguiendo la noción proporcionada en la doctrina francesa, *Vid.* CHAMPAUD, C., “La concessione commerciale”, *RTDCom.*, 1963, pág. 451.

¹⁴⁸ La “exclusividad” ha sido demasiado controvertida según la jurisprudencia, así en STS de 26 de abril de 2002 y de 1 de febrero de 2001, los Tribunales la consideraban, “como elemento esencial del contrato de concesión en íntima relación con los demás elementos que lo caracterizan”; pero otras importantes sentencias del mismo Tribunal, de 16 de noviembre de 2000 y 17 de mayo de 1999, la consideraban como, “un elemento normal, no exclusivo, considerando como tal, el dato de la promoción de la distribución”.

una vez realizada la venta, pues obviamente, no hay transmisión ni cesión de know-how alguno, pilar sobre el que se asienta”

C) Contrato de agencia

Es evidente, que las similitudes estructurales y funcionales existentes entre ambos contratos son claras y patentes, ambos se caracterizan por ser mercantiles¹⁴⁹, sinalagmáticos y de duración, de confianza¹⁵⁰, y mediante su estipulación entre empresarios independientes, se crea, articula y desarrolla una red comercial¹⁵¹. En no pocas ocasiones ambos contratos son utilizados por

¹⁴⁹ En cuanto a la “mercantilidad” del contrato; *Vid.* GARRIGUES, J., “Tratado de Derecho mercantil”, *Revista de Derecho Privado*, 1964; BOTANA AGRA, M., “El contrato de agencia en el Derecho español”, *DN*, Nº 30, 1993.; VALENZUELA GARACH, F., *El agente comercial*, Cuadernos de la Studia Albornotiana, Zaragoza, 1986; del mismo autor, en “El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad, *La Ley*, 1989 (4), 1144-1157; QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, 2000; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “Contratos de distribución comercial y su problemática jurídica”, *Contratación mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de los Corredores de Comercio, 1999; VALENZUELA GARACH, F., “La extinción del contrato de agencia en la Ley 13/1992, de 27 de mayo”, *RDN*, 1993, págs.1-9; BALDI, R., *Il contratto di agencia: la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè, 1992; SÁNCHEZ CALERO, F., “La normativa del contrato de agencia mercantil”, *Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España*, Madrid, 1985; LLOBREGAT HURTADO, M.L., “El contrato de agencia mercantil. Comentario Sistemático a la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre el contrato de agencia”, *Colección Cuadernos de Derecho Privado*, Edit. Bosch, Barcelona, 1994; QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001; PORFIRIO CARPIO, L.J., “La extinción del contrato de agencia”, *RDM*, 1993, págs.1243-1275; FLORES MICHERO, R., “El contrato de agencia”, *RJC*, 1957, págs.110 y ss.

¹⁵⁰ *Vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia ...*, *op. cit.*, pág. 234; en donde lo define como un contrato *intuitu personae*.

¹⁵¹ *Vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Edit. Thomson Reuters, 1ª ed., 2005, Navarra, págs.178 y 179.

franquiciador y franquiciado como vehículo de entrada en nuevos mercados sin incurrir en los gastos que la actuación mediante filiales y/o sucursales acarrearía – por lo tanto no cabe duda en este sentido de la similitud entre ambas instituciones¹⁵²-. Pero, sin embargo las diferencias son igualmente evidentes; el artículo 1 de la LCA, define el contrato de agencia como aquel por el cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promocionarlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediarios independientes, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. De esta definición podemos desprender que mientras el agente se encarga de promover la contratación de mercaderías en nombre de su principal o de venderlas por cuenta y nombre de aquel –actúa en *procuratoria domini*, y no en *proprio nomine*–; el franquiciador sin embargo realiza contratos con terceros –franquiciados-, en nombre y por cuenta propia, asumiendo sus propios riesgos; igualmente un agente se puede considerar como un intermediario autónomo que posee autoridad para negociar la venta y compra de bienes por cuenta de otra persona, o para negociar y celebrar tales transacciones por cuenta de un principal, mientras que en la franquicia ambas partes contratantes son empresarios independientes que invierten y arriesgan sus propios fondos, no siendo responsables por acciones u omisiones de la otra parte –incluso en ocasiones, en la franquicia se contienen alguna cláusula que afirma expresamente que el franquiciado no es el agente del franquiciador y carece de facultad para vincular al propio franquiciador; en el contrato de agencia no hay transferencia de tecnología como en la franquicia –

¹⁵² La figura del agente comercial fue desarrollada en la tradición del “Civil Law”, y fue introducida en el Derecho de las entonces Comunidades Europeas mediante la Directiva del Consejo Europeo 86/653 de 18 de diciembre de 1986, sobre la Coordinación de las leyes de los Estados Miembros relativas a los agentes Comerciales autónomos.

know-how, licencia de patente, asistencia técnica y continuada), es el agente el que de forma independiente tan sólo se obliga a promover o explotar negocios por cuenta del agenciado, la citada “independencia” del agente consiste en que éste, puede abrir, locales, oficinas y establecimientos de comercio por cuenta propia, puede vincular empleados; sin embargo en la franquicia, el franquiciado está supeditado a las instrucciones del franquiciador, no pudiendo abrir más establecimientos que los autorizados por el franquiciador para la explotación del negocio de franquicia; la zona prefijada y el ramo determinado son elementos esenciales en la franquicia, sin embargo en la agencia son apenas elementos de naturaleza.

3. RESPECTO A CONTRATOS QUE TIENEN COMO OBJETO UNA EMPRESA

A) Contrato de compraventa de empresa

La empresa como organización de capital y trabajo utilizada instrumentalmente por el empresario para realizar una actividad económica, puede ser objeto de tráfico económico y, por tanto, puede ser objeto de negocio jurídico¹⁵³. La realidad económica demuestra que la empresa es objeto del contrato de compraventa¹⁵⁴, y su finalidad es transmitir al comprador de modo

¹⁵³ Como señalo el maestro GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Aguirre, Tomo I, 1976, págs. 228 y 229; “para concebir la empresa como objeto de derecho es preciso encontrar en la ley la configuración de la empresa como un objeto jurídico único, del cual los derechos conexos a la empresa sean considerados partes constitutivas o como pertenencias; la protección de la organización como creación del empresario; la conservación de la empresa y la defensa contra su desmembración o su liquidación antieconómica; y la transmisibilidad de la misma como un solo objeto”.

¹⁵⁴ *Vid.* BROSETA PONT, M., “La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamientos”, *RDM*, 1968; *idem*, “La empresa como objeto de tráfico jurídico. Problemas previos. La compraventa de empresa. El arrendamiento de empresa”, *Problemática Jurídica Actual de la Empresa*, publicaciones del Ilustro Colegio de Abogados de Valencia, 1965; señalando que la empresa puede ser considerada como bien dentro del patrimonio del empresario que puede

definitivo, la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas que ligan al empresario vendedor con cada uno de los elementos que integran la empresa, de forma que aquél pueda suceder a éste en su explotación. En el contrato de franquicia existe cierta similitud con dicho contrato, la función económica de ambos negocios es próxima, la finalidad de la franquicia es que la otra parte pueda suceder al titular -franquiciador-, en su explotación. Pero la disparidad se fundamenta en la diferente naturaleza jurídica del objeto del contrato y en el carácter definitivo de la transmisión propia de la compraventa frente al carácter temporal del la franquicia; la posición que ocupa el titular-transmitente en la franquicia será simplemente un bien inmaterial, mientras que en la compraventa comprenderá tanto elementos personales, como materiales -e incluso, inmateriales-, incluyendo la clientela y las expectativas de ganancias. La diferencia fundamental entre ambas instituciones es que como consecuencia de sus respectivos contratos, cuando éstos se celebran, en la franquicia -el franquiciador- no pierde la titularidad de la empresa ni la posibilidad de seguir explotándola, sin perjuicio de las restricciones asumidas contractualmente; mientras que la pérdida de titularidad en la compraventa de empresas, es total y evidente.

ser enajenado mediante precio. Su idoneidad para ser objeto del contrato de compraventa se deriva del cumplimiento de la triple condición exigida en términos generales para éste tipo de contratos. En este sentido, la empresa debe existir o, al menos, poder existir; ha de ser de lícito comercio -lo cual se refiere a la actividad por ella realizada-; y, por último, ha de encontrarse suficientemente identificada, al menos, ser susceptible de determinación. *Cfr.* HERNANDO CEBRÍA, L., "La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la STS de 8 de abril de 2000), *RDM*, Nº 242, 2001, págs.1871 a 1942; del mismo autor, *El contrato de compraventa de empresa: (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Edit. Tirant lo Blanch, 2005; y en el mismo sentido en, *La empresa como objeto de negocios jurídicos (un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Edit.Tirant lo Blanch, 2002.

B) Contrato de arrendamiento de empresa

En la medida que un contrato de franquicia es una operación que conlleva una transmisión limitada -aunque puede ser prorrogada-, y temporal de un modelo de empresa, por la cual su titular cede el uso o explotación del mismo a un tercero para que concluya acuerdos de franquicia, el contrato es semejante en su planteamiento al contrato de arrendamiento de empresa.¹⁵⁵

Sin embargo en cuanto a su finalidad o la causa del contrato sí que existen diferencias apreciables; la inexorable sucesión temporal en la titularidad de la explotación de la empresa choca frontalmente con la esencia de toda red de franquicia, que es, la expansión comercial de la misma a través de la explotación conjunta del modelo de empresa. Igualmente en el contrato de arrendamiento de empresa la condición de empresario pasa al arrendatario y deja de tenerla el arrendador, pero en la franquicia, ambas partes contratantes, tienen la condición de empresarios simultáneamente. Y por último, una gran diferencia entre ambas radica en la transmisión en bloque de los elementos personales, materiales e inmateriales que conforman la empresa en el contrato de arrendamiento de empresa, mientras que por otro lado en el contrato de franquicia la transmisión del derecho a usar un modelo de empresa no supone, en ningún caso, la transmisión de la propia empresa por parte del franquiciador -incluso en ocasiones, ni se le ceden todos los elementos de la misma-.

¹⁵⁵ Sobre el contrato de arrendamiento de empresa, *vid*, MOTOS GUIRAO, M., "El arrendamiento de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Edit. Tecnos, Vol. I, 1971, págs.482 a 502; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto del tráfico jurídico ...", *op. cit.*, págs 3 y ss; *idem*, "La transmisión de la empresa....", *op. cit.* págs. 93 y ss; MORRAL SOLDEVILA, R., "Régimen jurídico del fondo de comercio: referencia al arrendamiento de empresa", *RJC*, N°4, 1993, págs. 973 a 984.

4. RESPECTO A OTROS TIPOS DE CONTRATOS

A) Contrato de venta piramidal

La cuestionada venta piramidal¹⁵⁶ y la hipotética similitud entre ésta y la franquicia obedecen simplemente a su estructura, que se compone de niveles estancos. La disparidad sí es clara entre ambas, así, el sistema de venta piramidal consiste en el reclutamiento de nuevos sujetos dispuestos a invertir para la incorporación a la red que deben reclutar a otros sujetos que asuman la misma obligación, su imperfección consiste en que, con gran rapidez, se satura el mercado, y ya nadie más desea ingresar en la pirámide, frustrándose las expectativas de ganancias de los últimos incorporados –está claro, que muchos participantes de dicho sistema, jamás recibirán su contraprestación¹⁵⁷-. Lo característico es la captación o reclutamiento de nuevos miembros a la red, y sólo de esta manera, el nuevo sujeto obtendrá ganancias, mientras que en la

¹⁵⁶ El artículo 23.3 de la LOCM sanciona dicho tipo de venta.

¹⁵⁷ *Vid.* MIR PIQUERAS, J.B., *La venta domiciliaria, del puerta a puerta al multinivel*, Edit. Díaz de Santos, 1993, págs.143 y 144, señalando que los sistemas multinivel buscan los ingresos por la venta de los productos u por el desarrollo de la actividad comercial, mientras que los sistemas piramidales no se preocupan mucho de la venta repetitiva, los beneficios se realizan por el volumen de inscripciones de nuevos candidatos que compran sus productos, no porque sean útiles o tengan un precio atractivo, sino porque deben compararse para entrar en el sistema. En suma, los sistemas piramidales y multinivel se desenvuelven por medio de parámetros muy diferentes. Mientras que los unos se fundan en la captación o reclutamientos de nuevos componentes, sin tener en cuenta la futura venta de los productos entregados a los recién integrados en la cadena o pirámide, debido a su escaso atractivo comercial; los otros constituyen un auténtico método de distribución de productos, destinados unos al autoconsumo de los propios agentes y otros a su venta a terceras personas, consumidores o destinatarios finales, estableciendo un sistema de comisiones o descuentos que depende directa o indirectamente del volumen de operaciones efectuadas. (*Cfr.* BADENAS CARPIO, J.M., *Comentarios al artículo 23 LOCM*, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BERCOVITZ), Edit. Tecnos, 1997, pág.464.)

franquicia, en primer lugar el programa de desarrollo de cada franquicia impedirá una expansión comercial descontrolada –y no tiene en ocasiones por qué ser buena la misma, ya que cabe el riesgo de saturar al mercado–, y en segundo lugar, los franquiciados en absoluto tendrán entre sus obligaciones la búsqueda e incorporación de nuevos miembros a la red –salvo en el caso del “máster franquicia”, el cual además de actuar como franquiciado del franquiciador, acordará con éste el ingreso y captación de nuevos miembros, actuando con tales, como franquiciador de los mismos–.

B) Contrato de licencia

Una licencia puede ser definida como un acuerdo contractual según el cual una parte (licenciante) otorga a otra parte (licenciario) el derecho a utilizar las patentes, el know-how, las marcas y/o otros derechos de propiedad intelectual del licenciante en conexión con la fabricación y/o distribución de un producto determinado. Las características principales de dicho contrato son similares al de franquicia, sin embargo no están exentas de diferencias, así destacamos; un licenciante controla la manera en que el licenciario utiliza las patentes, know-how y/o las marcas del licenciante, pero carece de control sobre el formato comercial o la manera en que el licenciario lleva su negocio; mientras un franquiciador ejercita un control detallado también sobre la forma en que el franquiciado conduce su unidad; en la franquicia siempre se estipula un pago fijo al inicio del contrato como derecho de entrada, mientras que en la licencia este pago está exento el licitario; en la licencia no está involucrado un “good will” empresarial¹⁵⁸, en el caso de la franquicia si aparece y el prestigio que adquiere la red en el mercado, merced al marketing y a la uniformidad del negocio, se debe mantener, en el caso que el franquiciado no conserva la reputación de la cadena y no ejercita

¹⁵⁸ El anglicismo “good will” alude al buen nombre comercial, a la buena reputación que adquiere un negocio por su servicio al cliente, por su calidad o incluso por sus buenos precios entre otros (Cfr. GABINO PINZÓN, *Introducción al derecho comercial*, Temis, Bogotá, 1985, pág.178).

con integridad y calidad sus obligaciones, desprestigia el good will que ha conseguido el franquiciador con tanto esfuerzo¹⁵⁹.

C) Contrato de transferencia de tecnología

Las innovaciones tecnológicas están amparadas por el derecho y son susceptibles de apropiación, por lo tanto, pueden ser objeto del tráfico jurídico. En este sentido, la transferencia de tecnología es un negocio jurídico cuyo objetivo es la comunicación de conocimientos susceptibles de explotación industrial.¹⁶⁰ Ello forma parte de uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se ha edificado el derecho mercantil internacional de hoy: libre flujo de bienes y servicios, eso es, de los factores productivos. Las libertades económicas conducen al libre flujo de dichos factores, dentro de los cuales se encuentra como es lógico, el conocimiento¹⁶¹. Los conocimientos técnicos objeto de la transferencia de

¹⁵⁹ Debido al alto componente tecnológico del contrato de franquicia, la legislación de inversión extranjera y la tributaria ubican la franquicia dentro de los contratos de transferencia de tecnología, junto con los contratos de licencia de patentes, y licencia de know-how, aunque también hay diferencias entre ellos. Así, la licencia de patente carece de convenio suplementario u obligaciones accesorias como en el contrato de franquicia, si bien la licencia de patente puede involucrar una licencia de marca, un secreto empresarial y hasta la construcción de una planta industrial terminada, no existen los elementos de la uniformidad y cooperación empresarial como en el contrato de franquicia. Igualmente por lo que respecta a las franquicias, éstas instauran centro piloto en los que se instruyen a los franquiciados, haciendo este centro las veces de un "laboratorio" de la cadena de franquicias -permitiendo a éstos, la experiencia en el negocio objeto del contrato-, sin embargo en la licencia de patente no se van a establecer ningún tipo de centros pilotos para la demostración práctica de los métodos o secretos empresariales que ha perfeccionado el licitante.

¹⁶⁰ Cfr. GUARDANS CAMBÓ, I., "Contrato de transferencia de tecnología", en *Contratos Internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

¹⁶¹ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÁ COSTA, B. y OLESTI RAYO, A., *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1998.

tecnología son bienes incorporeales que se pueden divulgar para ser explotados en el comercio o en la industria. Estos conocimientos se divulgan pero no se transmiten –entendida esta transmisión, como la pérdida de posesión de los conocimientos técnicos-. Los contratos de transferencia de tecnología son en efecto una forma de contrato de licencia, según cuyos términos, le es otorgado a un licenciataria el derecho de establecer una planta de manufacturación para producir un bien usando la tecnología del licenciante. Aquí de nuevo, el licenciante no retiene control alguno sobre el modo en que el licenciataria lleva su negocio. La transmisión de un secreto empresarial, la asistencia técnica permanente o la licencia de patente en el contrato específico de franquicia industrial, constituyen además una obligación del franquiciador, y esta situación ha permitido encajar a la franquicia dentro de los contratos de transferencia de tecnología. Según lo anterior, el contrato de franquicia estaría incluido dentro de los contratos de transferencia de tecnología, por cuanto que a estos se transfiere un know-how, es decir, se suministran en forma continua conocimientos técnicos. Otro sector de la doctrina prefiere encuadrar los contratos de franquicia dentro de los negocios de colaboración y, otros, opinan que se trata de una forma de distribución en la que además se concede el uso de una marca, se divulga un secreto empresarial para su explotación, y se presta la correspondiente asistencia técnica.

En nuestra opinión, las franquicias son negocios complejos –que surgieron merced al auge del globalismo del mercado y a la industrialización de posguerra-, son contratos de colaboración en donde se distribuyen y/o comercializan bienes y servicios, pensamos que circunscribir, enmarcar o etiquetar únicamente al contrato de franquicia como de colaboración, de distribución o de transferencia de tecnología no deja de ser un encuadramiento jurídico de dicha actividad comercial, y la franquicia es algo más que eso, ya que comprende otros convenios adicionales, como el de know-how, el de licencia de una marca, el de asistencia técnica, etc. De ahí que no es viable confundir sus características con los

elementos comunes a todo convenio de franquicia para encuadrarla en uno u otro tipo de categorías contractuales. Por ello, y por lo que respecta a este contrato de transferencia de tecnología, sus leyes son tan amplias que en ocasiones la franquicia es traída a su ámbito.

D) Contrato de joint venture

Estos contratos de colaboración empresarial en donde se comparten los riesgos, las ganancias y/o las pérdidas son contratos atípicos mediante el cual dos o más empresarios aúnan sus esfuerzos, capital, recursos humanos y experiencias con el fin de llevar a cabo un proyecto común. En estos contratos cada empresario actúa como dueño y como agente de los demás miembros, y por ende, la promesa de uno equivale a la de todos, lo ejecutado por un miembro de la misma se entiende ejecutado por todos y se presume autorizado para realizar las actividades propias de la joint venture.

En la franquicia, a diferencia de las joint venture, el riesgo que deben soportar las partes es relativamente conocido, por cuanto a la experiencia del franquiciador y el éxito del negocio, le han permitido establecer los posibles riesgos y, lo más importante, la manera de afrontarlos. Igualmente, éstos han de pagar un canon de entrada y unos pagos de forma periódica en forma de cánones o royalty, inexistente para las joint venture. Al constituir estas últimas bajo la forma societaria de alguna legislación en particular, los vacíos que se puedan presentar en el desarrollo de la actividad comercial se pueden suplir con las normas que disciplinan el derecho de sociedades de la legislación elegida; sin embargo en las franquicias el ordenamiento societario no se emplea para llenar de manera directa los vacíos del contrato; la propiedad industrial tampoco es un requisito sine qua non para el funcionamiento de las joint –en ocasiones puede ser que uno de los partícipes, aporte tecnología, pero ésta no se entiende incorporada en las patentes o en los secretos empresariales, luego el aporte de la misma no es un elemento

esencial del contrato-, como sabemos en las franquicias si que constituyen elementos esenciales de su contrato la transmisión de la propiedad industrial, ya que con el uso de la marca, o el de sus signos distintivos, y los secretos empresariales, los franquiciados quedan autorizados a usarlos y de esta forma obtener los réditos de los mismos¹⁶².

E) Contrato de trabajo

Aunque las diferencias son claras, no debemos obviarlas; los franquiciados no son empleados del franquiciador, ambos son empresarios independientes, pero ligados por un vínculo comercial, por la cual está en la obligación de cooperar con el franquiciador. La continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. En el negocio de franquicia el franquiciador no está subordinado, ni tampoco cumple órdenes, ni horario, etc., su obligación es la de un buen hombre de negocios, esto es, la de realizar todas las gestiones de conformidad con las instrucciones impartidas por el franquiciador, con el fin de obtener el éxito esperado, e igualmente el empresario franquiciado desarrolla de forma independiente su actividad laboral, pero enfocando y colocando todo su esfuerzo en el negocio, por el bien de ambos.

¹⁶² Vid. LÓPEZ GUZMÁN, F., "El contrato de franquicia....", *op. cit.* págs. 197 y ss.

SECCIÓN X.- REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA.

1. CONCEPTUALIZACIÓN

A diferencia de otras figuras jurídicas afines, la franquicia ha sido tratada por diversos autores. Uno de los primeros en tratar esta figura jurídica fue PEDREÑO¹⁶³, definiéndola como: “un sistema comercial en que el “franchiser” (en terminología inglesa) vende una franquicia al “franchisee”, por medio del cual éste podrá distribuir los productos o servicios objeto del contrato de franquicia”.

Destacamos igualmente a otro autor -LUPICINO RODRÍGUEZ-, el cual da una versión más descriptiva del concepto, destacando que el término “franchising” se utiliza para: “designar una amplia gama de acuerdos de índole comercial que se caracteriza porque un empresario (quien llamaremos concedente), poseedor de un producto o servicio, da a una persona física o jurídica (a quien llamaremos concesionario) el derecho a comercializar, el producto, a el servicio o la marca, o bien a realizar un idéntico proceso productivo bajo la misma fórmula o concepto empresarial (el denominado blueprint), a cambio de un canon”. Este canon puede consistir en una tarifa fija o en un porcentaje generalmente decreciente sobre las ventas u otras formas de royalty. Generalmente el concesionario viene obligado a adquirir asimismo suministros, materias primas, know-how o productos a comercializar del propio concedente o de quien el concedente designe. Pero sobre todo, el concesionario se integra en una organización empresarial configurada bajo un patrón singular y unos estándares y distintivos rigurosamente uniformes y homogéneos, dotada generalmente de un extenso y valioso fondo de comercio.¹⁶⁴

¹⁶³ Vid. PEDREÑO, P.A., *Qué es el Franchising*, Ed. Guadiana de Publicaciones S.A., Madrid, 1973.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ, L., “A propósito del Franchising”, *La Ley*, 29 de julio, Nº1506, Madrid, 1986.

Igualmente CASA y CASABÓ, lo consideran como: “un contrato de venta de concesión o licencia en el que ambas partes aceptan de modo recíproco obligaciones importantes más allá de las usualmente establecidas, en una relación comercial”.¹⁶⁵

Además de las definiciones ya citadas del Código Deontológico de Franquicia¹⁶⁶, en la Jurisprudencia (como observaremos en epígrafes posteriores) y en el sentir general de la doctrina, VÍTOLO definía el término franquicia como: “aquel que se utiliza para designar a la modalidad contractual mediante la cual se instrumenta el montaje, puesta en marcha, servicios, y atención de una cadena de locales iguales y pertenecientes a la misma marca, a cambio del pago de regalías, y comprende todos los componentes del proceso de comercialización, planeamiento, promoción y mecanismos publicitarios, adquisición, producción, venta y análisis permanente de la competencia”.¹⁶⁷

En su concepción dinámica y evolucionada, se ha definido igualmente como un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continuada. Por lo que básicamente, la franquicia implica “colaboración” entre las empresas, además de constituir una estrategia de diversificación y de marketing, logrando así

¹⁶⁵ CASA, F. y CASABÓ, M., *La franquicia*, Edit. Gestión 2000 S.A., 1ª ed, Madrid, 1989.

¹⁶⁶ Obsérvese el ANEXO de la tesis, el Código Deontológico de la Franquicia elaborado por expertos de ocho países y la Comisión de las Comunidades Europeas, constituido en 1972, en concreto en su artículo primero la definición que hace de la misma.

¹⁶⁷ VÍTOLO, D.R., *Contratos Comerciales*, Ad Hoc, 1ª ed, Buenos Aires, 1993, págs.725 y ss., citado por MARTORELL, E.E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, Tomo III, Edit. de Palma. Buenos Aires, 1993, pág. 553.

una amplia expansión y difusión del producto o servicio, sin que en ningún caso se pierda el control de la distribución.¹⁶⁸

Así pues, y en consonancia con algunos de los autores, podemos definir la franquicia de forma genérica, como un contrato de distribución comercial y colaboración empresarial, en el que el concedente (franquiciador) cede al concesionario (franquiciado) un método empresarial propio, completo, a través de la transmisión de sus elementos distintivos (marca, rótulos, enseñas,), de un saber hacer, de suministros y de su necesaria asistencia técnica.

2. LAS CONFIGURACIONES JURISPRUDENCIALES DEL CONCEPTO DE FRANQUICIA

La Jurisprudencia define esta institución en multitud de pronunciamientos. Uno de los aspectos fundamentales de la franquicia en España es que cubre un hueco de negocio familiar que sufrió una considerable disminución y progreso en los últimos años, debido fundamentalmente a dos aspectos de vital importancia: la falta de competitividad, y en segundo lugar, la rentabilidad producida por las mismas en comparación con las grandes empresas. Así pues, la franquicia con las oportunas economías de escala, ha aprovechado las debilidades de estos negocios familiares ocupando su lugar y expandiéndose con rapidez. A la vez de la evolución que ha experimentado desde sus inicios este modelo de negocio, por ende, de forma paralela se ha producido un considerable aumento de las decisiones judiciales (que aunque posteriormente haremos un estudio exhaustivo de las mismas, comentamos ahora éstas brevemente en referencia al concepto del

¹⁶⁸ Vid. ORTIZ DE ZARATE, A., *Manual de la Franquicia*, Edit. Deusto, Madrid, 1993, págs. 12 y ss; donde se indica que el franchising como estrategia de diversificación permite: a) diversificación geográfica, al resultar posible la conquista de zonas y países nuevos, b) diversificación de productos atacando mercados o grupo de clientes semidesconocidos, y c) diversificación financiera, concibiendo la franquicia como una desviación o traspaso financiero.

modelo de negocio objeto de estudio). Nuestros Tribunales-y otros organismos que plasmaremos más adelante-, se verán en la necesidad de resolver las diferencias que se produzcan entre las dos partes principales del contrato (franquiciador y franquiciado), empresarios que deberán resolver así sus conflictos, sus diferencias y en definitiva, los motivos de controversia para el desarrollo del negocio “común”.

Las primeras decisiones de nuestros Tribunales se referirán al contrato de franquicia como asimilado a otras figuras afines, como el contrato de concesión mercantil o el de agencia. Podíamos distinguir algunas sentencias en donde para resolver el contrato de franquicia no se pronuncian en modo alguno respecto a qué debe entenderse por tal, relevante a estos efectos son las siguientes sentencias: la STS Sala de lo Civil, la N° 6951, de 23 de Octubre de 1989, en la cual el contrato de franquicia o marcaje se resolverá por incumplimiento del concesionario¹⁶⁹; la STS N° 5123, de 11 de Junio de 1992¹⁷⁰ y STS N°7234, de 21 de octubre de 1996, relativa al carácter recepticio de la notificación del preaviso por el que se impide una prórroga del contrato¹⁷¹; la STS N° 7867, de 27 de Octubre de 1994, en la que tras definir el concepto se resuelve una reclamación de cantidad por parte del dueño del modelo de negocio (franquiciador) contra uno de sus franquiciados¹⁷².

En un segundo grupo¹⁷³, el cual estaría constituido por las que identifican al contrato de franquicia con un contrato de licencia de marca. Sí sucedió con la

¹⁶⁹ Caso de Yves Roccher España, S.A.

¹⁷⁰ Caso de La Cesta S.A.

¹⁷¹ Caso de Levis Strauss de España, S.A.

¹⁷² Caso “Eurupunto”.

¹⁷³ *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...op.cit.*, págs.56-60.

primera Sentencia en la que la Sala 1 del Tribunal Supremo abordó esta cuestión en el caso “Friusia”, la Sentencia N° 2393, de 15 de mayo de 1985, en cuyo considerando segundo se puede leer, que el contrato denominado “franchising” se caracteriza por la “autorización que el concedente da al concesionario, para utilizar su marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización”.

Existe otro grupo integrado por decisiones de Tribunales que identifican el contrato de franquicia con la “licencia de una técnica o conocimiento que el franquiciado puede usar en su actividad para el mercado”. Así sucede en los casos de “Europunto II”, STS de la Sala 1ª, N°6646, de 27 de septiembre de 1996; y la Sentencia N° 3456, de 30 de abril de 1998, “Bazar del regalo”, cuyos respectivos fundamentos de derecho afirman que el contrato de franquicia “ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídicas y económicamente independientes, en virtud de la cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona determinados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por parte de éste de una contraprestación económica”.

Otra clasificación de resoluciones judiciales, en este sentido, son las que parecen identificar el contrato de franquicia con una licencia sobre cualquier clase de bienes inmateriales, del que es exponente el caso “Barna Sándwich”, STS N° 1642, de 4 de marzo de 1997, en la cual se exponen cuales son las principales características de este contrato de franquicia, y las causas de su obligado cumplimiento, resolviéndose un recurso de casación en aplicación del artículo 1124 del Cc¹⁷⁴, y de la regla en virtud de la cual para poder resolver un contrato

¹⁷⁴ Artículo 1124 Cc: La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El

por incumplimiento es necesario no haber incumplido con las propias obligaciones o que el incumplimiento de las mismas derive de un incumplimiento procedente de la contraparte.

El asunto refleja uno de los problemas típicos que ocurren en los contratos de franquicia, los incumplimientos por parte de los franquiciadores de las obligaciones de formación y asistencia técnica y comercial a lo largo del contrato.

También destacan las Sentencias pronunciadas que utilizan como noción del contrato de franquicia la contenida en el Reglamento 4097/1988 (ya derogado), SAP de Barcelona N°1024, de 21 de mayo de 1993, en el caso “Mamanoel” y la SAP de Pontevedra N° 1147, Sección 2ª, de 2 de mayo de 1997, en el caso “Pizza Móvil”.

Mención aparte, destaca la SAP de Barcelona N° 1650, de 16 de diciembre de 1996, en donde se dirime la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento de una de las partes, que vino a establecer los siguientes argumentos; partiendo de la definición del contrato de adhesión como:

Aquel en el que las condiciones contractuales vienen impuestas por una sola parte contratante, de tal manera que la colaboración que la otra parte presta en la colaboración de su contenido es mínimo o inexistente; es cierto que el contrato de franquicia sería calificado como de naturaleza adhesiva, si bien ello no

perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultase imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

afecta a la validez y eficacia jurídica del contrato; sin embargo uno de los motivos que mueve al franquiciador a contratar con el franquiciado, *es la posibilidad de tener acceso a unos determinados productos, a un programa de organización y racionalización de trabajo, y a un saber hacer que le permita en general optimizar los resultados obtenidos, abaratando costes de producción y reduciendo el tiempo de dedicación. Desde esta perspectiva es comprensiva e incluso aceptable que la franquiciadora se reserve la facultad de supervisar el reparto de trabajo, entre sus franquiciados, hacer test o consultas de calidad, o incluso por qué no la resolución anticipada del contrato, sin que ello implique su desequilibrio de prestaciones, y ello así porque la credibilidad y rentabilidad de la marca comercial que distribuye está íntimamente ligada con que la franquiciada cumpla con las obligaciones pactadas y alcance el rendimiento establecido.*

Importante y de resaltar es la STS N° 2393, de 15 de mayo de 1985, donde se define la naturaleza del contrato de franquicia y se pone de manifiesto la naturaleza del contrato de franquicia asimilado a los contratos de concesión mercantil.

En definitiva y tras este primer esbozo (desarrollado posteriormente), no es fácil presagiar que el futuro de las decisiones judiciales irá encaminado a pronunciarse sobre la procedencia o no de la resolución anticipada del contrato de franquicia instada por una de las partes ante el incumplimiento de la otra, ya que se han venido estableciendo sentencias de los altos Tribunales españoles en las cuales se establecen las principales obligaciones de las partes en un contrato de franquicia para ambas partes y donde, cualquiera de ellas, legitimarían una adecuada resolución del contrato por la contraparte. Para el franquiciador se entiende que la transferencia del know-how, junto con la asistencia técnica que preste al franquiciado constituye la esencia de sus compromisos contractuales, así como la elaboración de manuales de operaciones o de gestión que vengán a encauzar las relaciones entre franquiciador y franquiciado (como viene reflejado

en la SAP de Valencia N° 1024, de 21 de mayo de 1993). Mientras que por otra parte, las obligaciones del franquiciado *viene*n dadas por el acatamiento a las direcciones comerciales de su franquiciador, así como la satisfacción del precio de los suministros que le sean entregados por la parte franquiciadora, entendiendo la Jurisprudencia (y en concreto, en la SAP de Madrid , Sección 2, de 4 de mayo de 1999) que; “la resolución anticipada de un contrato de franquicia, sólo podrá ser efectiva si el incumplimiento de cualquiera de las partes es esencial, de modo que con él se frustren las legítimas expectativas de la parte cumplidora, pues desaparecidas aquéllas, la prestación deviene inútil por no poderse conseguir con ella el fin económico perseguido en el contrato”.

Las tendencias jurisprudenciales posiblemente en los próximos años, irán encaminadas (si irremediablemente sigue sin regulación propia) a individualizar la figura jurídica de este contrato frente a otras figuras afines, al igual que los Tribunales darán a la franquicia la entidad que merece de forma similar como ocurre en nuestros países vecinos.

3. TIPICIDAD

Al hablar del franchising –como cita el maestro CAUMONT¹⁷⁵-, se suele hacer referencia a los llamados contratos modernos, incluyéndolo en la nómina de esos contratos. En general se dice que contratos como el leasing, factoring, contrato de shopping center y el mencionado franchising, son contratos modernos, pero no cree –postura a la cual nos sumamos-, que sea la denominación más

¹⁷⁵ *Vid.* CAUMONT CLAVARIO, H.A., "Vigencia de los conceptos tradicionales del Derecho Civil en la contratación moderna". *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXV, Montevideo, pág.515; *Idem*, "Existencia y validez de los contratos: la búsqueda de puntos teóricos de encuentro para la viabilidad del emprendimiento unificador del derecho privado latinoamericano", *La ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, N°. 1, 2013, págs. 51-57.

adecuada ya que crea una clasificación en base a un criterio ambiguo, sin atender a las cualidades mismas de cada figura contractual. Es más -como sigue citando-, cuando se habla de "contratos modernos", estos son modernos respecto ¿a qué? , probablemente dentro de algunos años ya no sean tan modernos y deba cambiarse esta denominación. Aún, no teniendo mayor trascendencia dicha denominación, la doctrina en general entiende que se trata de nuevos contratos, los cuales surgen de una repetición de conductas, con igual contenido y finalidad, que por su permanencia en el tiempo han creado un tipo contractual sin un estatuto jurídico predeterminado y propio. Esto es lo que se conoce como tipicidad social, frente a lo que es la tipicidad legal que consiste en la regulación que hace la ley de determinadas situaciones jurídicas para que éstas tengan efectos legales. No se trata de surgimiento de estos nuevos contratos modernos, sino que por el contrario, se trata de una "reordenación de institutos que ya tienen una definición proporcionada por las disciplinas privatistas", entiende -CAUMONT-, que estos contratos "tienen como única peculiaridad la combinación de elementos ya existentes en el Derecho Civil y que éstos, no alcanzan para modificar la tipología de los negocios, quedando por tanto inalterados los valores significacionales de dichos negocios".

Lo que sí queda claro, es que la posmodernidad se presenta poniendo en crisis los intentos por ordenar la realidad de un modo general y centralizado, que es justamente lo que pretende la idea del negocio jurídico. Las relaciones de larga duración, la sujeción a reglas inalterables, son aspectos típicos de la teoría contractual que hoy se reformulan. Como señala LORENZETTI: "la fractura de la realidad en múltiples segmentos importa una modificación del supuesto de hecho que lleva a la decodificación del contrato, es decir, no hay un contrato sino varios

modos de contratar”¹⁷⁶. A su turno, la evolución jurídica permitió percibir que no sólo la ley es fuente de Derecho, sino también la costumbre. De ahí que pueda señalarse que hay una tipicidad legal, referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social, que contempla normas jurídicas que regulan contratos con fuente en la costumbre, que justifican la denominada tipicidad social. Así, conforme este enfoque, la finalidad del derecho se presenta en la posibilidad de lograr el máximo de satisfacción de las necesidades de los contratantes.

De esta manera, el orden y la programación contractual que ideó el legislador decimonónico, tan detallista y rígida, pensada para guiar a los particulares, han sido sustituidos por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares que se han constituido en la vanguardia innovadora. En particular, respecto de los contratos comerciales, el cambio de paradigma radica en que el comercio actual requiere modalidades de contratación ágiles, expeditivas, y uniformes propias de una actividad económica de masa.

Las condiciones generales de contratación –y su interpretación–, en tal entorno, han adquirido una importancia relevante como instrumento de técnica jurídica dentro de un tráfico complejo y estandarizado, que masivamente son volcadas al mercado, utilizadas tanto en la relación empresario-consumidor, como por las empresas en sus mutuas transacciones.

¹⁷⁶ *Vid.* LORENZETTI, R.L., “Tratado de los Contratos. Parte General”, Edit. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004, págs. 86 y ss.

Como señalaba FARINA¹⁷⁷, el comercio naturalmente evita ser encerrado en fórmulas rígidas, pues como nos justifica, “el comerciante se maneja con su concepto intuitivo de lo lícito y sobre esta base concreta negocios conforme a sus conveniencias prácticas, sin preocuparse mayormente de si encuentra en algunas de las figuras clásicas o no, pues él hace negocios y no se detiene a pensar –para desvelo de los juristas- en el encuadre jurídico de lo que está haciendo”. De esta forma, las fórmulas clásicas resultan exiguas y la creatividad del hombre de empresa es incesante, por lo que allí comienza la ardua tarea y análisis del jurista a fin de discernir la naturaleza jurídica de las contrataciones celebradas, y los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes.

Cabe destacarse, en armonía con lo expuesto, la opinión de algunos autores –entre ellos, el ya señalado LORENZETTI¹⁷⁸, que rotulan el fenómeno como: “la globalización de la concepción del contrato”. Y en consecuencia de dicha noción, se crean reglas homogéneas que ajustan las concepciones nacionales diferentes mediante un proceso de abstracción de las reglas que reflejan la existencia de una costumbre transnacional, utilizando conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Vid. FARINA, J. M., “Contratos Comerciales Modernos”, Eds. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág.278 y ss.

¹⁷⁸ LORENZETTI, R.L., *Tratado de los Contratos ... op. cit.*, pág. 28 y ss.

¹⁷⁹ En la obra referida, son mencionados como ejemplos de dicha tendencia; la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” de Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – 1994), la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”.

Existen varios criterios que indican cuando un negocio jurídico bilateral es típico o atípico¹⁸⁰, pero creemos como más relevante y esencial distinguir un contrato típico como aquel donde el supuesto de hecho de la contratación encuadra perfectamente en la descripción legal o social; mientras que por otro lado sería atípico cuando es obra de las partes sin referencia a ninguna previsión típica. Teniendo en cuenta la presencia de la costumbre, y por lo dicho con anterioridad en los contratos denominados atípicos, se ha sugerido como método más conveniente utilizar la terminología: contratos con tipicidad legal y contratos con tipicidad social. En especial, se ha señalado que: “la tipicidad social corresponde a la categoría de negocios que son realizados habitualmente en el

¹⁸⁰ Vid. GETE ALONSO, M.C, *Estudios sobre el contrato*, Edit. Atelier, Barcelona, 2008; señala en este sentido, que la tipicidad consiste en una regulación de conductas mediante la creación de tipos jurídicos. En la tipicidad legal es posible distinguir dos grados: existe una tipicidad de 1er. Grado que es dada por el ordenamiento al establecer una categoría general y abstracta que se caracteriza por ser un negocio jurídico bilateral y generador de obligaciones que surge del acuerdo de voluntades que alcanzan las partes. Y así, en la República de Uruguay, según nos expone CAUMONT, H.A., esta tipicidad legal de primer grado está dada por el art. 1247 del Cc cuando define al contrato (en Categoría) como "una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa", mientras que para realizar la tipificación de 2º grado – prosigue-, se debe atender a la categoría general y abstracta, y luego, observar cuales son las notas particulares en cada uno de los elementos indispensables para la existencia y validez de ese contrato, lo que generalmente se llama índice del tipo. Estos índices del tipo serán los que permitan diferenciar las distintas especies contractuales dentro del género Contrato. Igualmente, *cfr.*, BRECCIA, U., “Le nozioni di típico e atípico. Spunti critici e ricostruttivi”, *Tipicità a atipicità nei contratti* (Dir. BUSNELLI), *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, N° 53, Giuffrè, 1983; CAGNASSO, O., “Concessione di vendita e franchising”, *Trattato di Diritto Comerciale e di Diritto Publico dell’economia* (Dir. GALGANO), Cedam, Vol.16, 1991.

lugar de celebración, adquiriendo relevancia los usos que tienen eficacia y origen”¹⁸¹.

Sobre los usos y costumbres y en cuanto a la tendencia globalizadora mencionada al inicio pueden señalarse los Principios de Unidroit que sólo admiten la aplicación de un uso que “sea razonable” (art 1.8. [2]) y específicamente contemplan la posibilidad de que las partes al contratar puedan tomar en consideración el modo de contratación característico de otro sector o actividad al que no pertenecen¹⁸².

Concluimos esta breve referencia, afirmando que el contrato de franquicia se encuentra dentro de los denominados contratos atípicos, atipicidad que no ha sido soslayada por la LCM (art. 62) y su perspectiva paupérrima del tipo contractual. Dicho precepto se limita a nombrar y configurar el contrato, prescindiendo de cualquier régimen propio, aún no obstante de lo ampuloso de su enunciado “Regulación del régimen de franquicia”. De ahí que el contrato de franquicia siga siendo, pues, un contrato nominado que permanece en la atipicidad al estar privado de una disciplina orgánica jurídico-privada.¹⁸³

¹⁸¹ *Vid.* ALTERINI, A, Contratos civiles, comerciales y de consumo, Eds. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; CAGNASSO, O., “La concessione di vendita. Problema di qualificazione”, *Qua Giur. Com.*, Nº 51, 1983.

¹⁸² Art.1.8, inc. 1º de los “Principios de Unidroit”: *Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido.*

¹⁸³ Así la sentencia del TS de 30 de abril de 1998, (R.Ar. 3456) exponía “su atipicidad legal”. Aunque encontramos quien lo matiza y define como «actual carácter típico», aunque no con rotundidad del contrato de franquicia (*Vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de... op. cit.*, págs. 106 y 204). Por otro lado para MARTÍNEZ SANZ, F., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*; ALONSO

4. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.

Por lo que se refiere a su regulación jurídica y partiendo de la consideración de que se trata, (como expondremos de nuevo más adelante al reflejar las principales características que revisten a esta figura contractual, y ya hemos observado) de un contrato atípico¹⁸⁴, hay varias disposiciones legales españolas que deben ser citadas en este trabajo y que nos servirán para centrar nuestro objeto de estudio.

Como es sabido los contratos de franquicia se rigen por tres ámbitos normativos: la normativa objeto de la actividad, la normativa sobre protección de los franquiciados como parte débil del contrato (Ley de ordenación del Comercio Minorista), y la normativa de defensa de la competencia. Esta última a su vez dispone de un doble ámbito (denominado sistema de doble barrera) en virtud del cual cuando un acuerdo es susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE se le aplica la normativa europea (art. 81 a 83 del Tratado, y reglamentos europeos), y cuando sólo afecta al mercado nacional, se le aplica la normativa nacional (Ley de Defensa de la Competencia cuyo art. 1 es un trasunto

ESPINOSA, F.J., LÓPEZ PELLICER, J.A., MASSAGUER FUENTES, J. y REVERTE NAVARRO, A., (Coords), Edit. Mc Graw Hill.; señala que quizá lo más correcto sea admitir en la franquicia una “tipicidad de configuración, aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia” («Artículo 62 LCM», pág. 707).

¹⁸⁴ Como pone de relieve, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *Contratos atípicos en el Derecho mercantil, Derecho Privado*, Actas del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, UNAM, 2005, págs. 303 y ss. El Congreso organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México tuvo lugar en la Ciudad de México del 8 al 14 de Febrero de 2004, Congreso al que afortunadamente pude asistir como oyente, y que me sirvió de gran ayuda, impulso y de acicate para el estudio definitivo de esta figura contractual.

del art. 81 del Tratado CEE y por remisión también declaraba aplicables determinados Reglamentos europeos).

En los últimos años, la normativa europea en materia de defensa de la competencia está sufriendo una constante e importante transformación, motivada probablemente por el papel de “motor de cohesión” que dicha normativa ha asumido desde la fundación de la comunidad y los retos que plantea la nueva etapa que se inicia con la ampliación de la UE.

Cada una de ellas cumple una función diferente: el primer bloque de normas para encontrar la disposición en la que se atribuyó el término franquicia a esa relación contractual concreta que, hasta entonces venía denominándose (y aún hoy hay que destacar que en muchos casos continua haciéndose) con la expresión tan anglosajona. El segundo va referido a las normas que regulan la competencia, que serán analizadas en lo que nos interesa. En el tercer bloque merecerá atención la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (con sus consiguientes modificaciones) y algunos de sus artículos de un modo especial, por ser en ella en la que se ha regulado, principalmente, este contrato. Y finalizaremos con la aportación de conceptualización que hace la Jurisprudencia a dicho contrato.

5. UNA APROXIMACIÓN NORMATIVA.

Se ha afirmado¹⁸⁵ que se deberían aplicar a estos contratos las Disposiciones contenidas en el Decreto 21 de septiembre de 1993, sobre Tecnología. Este Decreto, sin embargo fue derogado.

¹⁸⁵ Así lo consideran, CHULIÁ VICENT, E. – BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, Barcelona 1991, pág. 109.

Pero si es particularmente conveniente citar ahora el Real Decreto 1750/1987 de 18 de diciembre, sobre transferencia de tecnología y prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas, y lo es porque la razón de que se cite esta disposición legal radica sólo en la circunstancia de que dotó de *nomen iuris*, franquicia, a la figura que analizamos, en su art. 1, concretamente, cuando precisa que quedan sujetas a su disciplina aquellas transacciones en virtud de las que:

b) “un no residente ceda a un residente el derecho de propiedad, explotación o utilización de marcas o signos distintivos registrados, de modelos, dibujos industriales o diseños, o celebre con residentes, en concepto de franquiciador, contratos de franquicia”.

Quizás no tenga mayor interés esta disposición legal que, sin embargo, tiene el mérito o es la causante de que la terminología anglosajona se haya instalado de un modo definitivo en nuestro Derecho patrio, que encuentra términos de difícil encaje en la lengua española¹⁸⁶.

No debemos olvidar, en este punto, el hacer referencia obligada a los dos cuerpos legales, Código Civil y Código de Comercio, que sería desde luego y en su medida, normas reguladoras de este contrato. En lo que se refiere, en concreto a la doble regulación en materia de obligaciones y contratos, la discusión o discrepancia de opinión está latente o presente desde el mismo momento del nacimiento del movimiento codificador, que en los primeros Códigos que se legislaron se consagraba una concepción dual, surgiendo de este modo, en

¹⁸⁶ Precisamente a partir de este Real Decreto, los términos “franquicia” (que en nuestra lengua tiene otro significado, “exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae o por el aprovechamiento de algún servicio público” según el DRAE), o “franquiciador” o “franquiciado” de difícil admisión en nuestra propia lengua, se usaron por primera vez en el mismo técnicamente como propios de este modelo de negocio.

España, un Código de comercio napoleónico distinto del Código Civil¹⁸⁷, aunque ya desde el siglo XIX ese proceso generalizador y de objeción del derecho mercantil, se materializó junto a la comercialización del derecho civil, por lo que habría que preguntarse sobre la justificación del tratamiento dual de algunas materias y sobre la propia conveniencia de la unificación. Como tantas veces se ha criticado, aunque sólo sea por el hecho de que la situación económica ha variado profundamente desde la publicación de los Códigos y como consecuencia no podrán ser igualmente útiles en todo momento, el panorama legislativo español ofrecerá una teoría de las obligaciones (en el Código civil), unas características o notas distintivas de las obligaciones mercantiles (que no llegan a ser una teoría diferenciada, por lo que hay que volver al Código civil) y una doble regulación de los principales contratos, definidos en el Código civil, la mayor parte de ellos, con su nota distintiva y diferenciadora en el Código de comercio.

Sin embargo, y por lo que respecta a esta figura contractual, el panorama es latente en cuanto a su regulación. Sus principios y disposiciones sobre los contratos en general, sobre su perfeccionamiento en particular, y sobre la libertad para establecer pactos de las partes, actuarán de límite para la redacción de los modelos de contratos que son utilizados en base a condiciones generales por las empresas franquiciadoras o concedentes con otros empresarios, los franquiciados¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Aunque en el Código de comercio se hiciera una remisión expresa, en materia de contratos, al Código civil en lo que no estuviese expresamente regulado en el mismo.

¹⁸⁸ Al margen de la normativa mencionada en sus aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados, el contrato de franquicia carece de un régimen legal completo y exhaustivo. Por ello el conjunto de derechos y obligaciones de las partes nacen de las estipulaciones pactadas en el contrato, según el principio de autonomía de la voluntad derivado del art. 1255 CC y en lo no previsto en el mismo y dado el carácter mercantil del contrato serán de aplicación el régimen general sobre obligaciones y contratos mercantiles previsto en los arts. 50 y siguientes del CCom. Aunque en

En relación con estos aspectos y en la medida en que no resulte incompatible con la naturaleza del contrato, se completará la voluntad de las partes, mediante la aplicación subsidiaria de las normas reguladoras de dichos contratos a las obligaciones jurídicas nacidas de la franquicia. Así, por ejemplo podrán aplicarse las normas relativas al contrato de licencia de marcas en relación con la cesión al franquiciado del uso y disfrute de los derechos de propiedad industrial del franquiciador; las de la compraventa, respecto de la venta y suministro de materias primas o del producto terminado del franquiciador al franquiciado; o las propias del arrendamiento de servicios en relación con las obligaciones de asesoramiento, formación y apoyo técnico o profesional de aquel a éste, en la puesta en marcha de la franquicia y su posterior funcionamiento en el mercado¹⁸⁹.

A) Leyes complementarias

Otras leyes, tendrán también relación si bien de un modo tangencial con nuestra materia, como son:

conjunto se configura como un contrato sui generis, su contenido es de naturaleza compleja y comprende obligaciones y derechos propios de otros contratos tipificados legalmente.

¹⁸⁹ Hemos de resaltar que a veces la normativa, no sólo es la formada por nuestro derecho patrio sustancial y de régimen interno, ni únicamente las normas, preceptos y directivas de la CEE y las reglas internacionales, sino que en ocasiones, normativas “internas” entendidas estas, como las propias que rigen para una determinada Comunidad Autónoma, son acicate para el impulso de este modelo de negocio, a la vez que son normas de obligado cumplimiento que deberán de ser respetadas por los empresarios que ubiquen sus negocios en dichas Comunidades. En este sentido y a modo de ejemplo destacamos la la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid (*BOE* Nº 247 de 13 de Octubre de 2012), en la cual se flexibilizó el funcionamiento de las franquicias, garantizando la plena libertad de apertura en domingos y festivos, haciendo posible que cada comerciante determine libremente los días en que ejercerá su actividad.

- La Ley de Patentes de 20 de Marzo de 1986¹⁹⁰, modificada por la Ley 10/2002, de 29 de abril¹⁹¹;
- La Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001¹⁹²;
- La Ley 23/06, de 7 de julio, sobre Propiedad Intelectual, (que incorpora la Directiva 2001/29/CE), y que en la actualidad (BOE 28/10/14) ha sido reformada por el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que entrará en vigor el 1 de Enero de 2015);
- La Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre la Competencia Desleal (modificada por la Ley 1/2000, de 7 de enero y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuario);
- El RD 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (modificada a su vez por la Ley 3/2014, de 27 de marzo), y;
- La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹⁰ La patente, es un privilegio de exclusividad, que otorga el Estado a un inventor o a su causahabiente (titular secundario), para que por un período determinado, explote su invento en su provecho, por sí, o por otros con su consentimiento.

¹⁹¹ Relativa a la protección jurídica de las intervenciones biotecnológicas.

¹⁹² El franquiciador deberá ser el propietario legal de dicha marca. La cual deberá ser inscrita obligatoriamente en el Registro correspondiente a su nombre, el nombre de la marca, logotipo, emblemas y demás signos componentes de la misma.

B) Normas autonómicas relativas al Registro de Franquiciadores (RD 201/2010)

Del mismo modo las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, han ido promulgando leyes y reglamentos de los Registros de Franquiciadores;

- *Andalucía*: RD 1/2012 (BOJA, 30 de marzo de 2012). Decreto 164/2011, de 17 de mayo. Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía.
- *Aragón*: Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón (BOA nº 108 de 16/10/1989). Registro General de Establecimientos Comerciales.
- *Asturias*: Decreto 137/2006, de 28 de diciembre, por el que se regula el Registro de Empresas y Actividades Comerciales del Principado de Asturias (BOPA Nº 8 de 11/01/2007). Ley 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior. Registro de Empresas y Actividades comerciales del Principado de Asturias.
- *Islas Baleares*: Ley 11/2001, de 15 de junio, de Ordenación de la Actividad Comercial en las Islas Baleares. Dirección General de Comercio y Empresas.
- *Canarias*: Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE Nº15, de 17/01/1996).
- *Cantabria*: Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Conserjería competente en materia de comercio.
- *Castilla-La Mancha*: Ley 2/2010, de 13 de mayo (DOCM Nº97 de 21 de mayo de 2010). Conserjería competente en materia de comercio.

- *Castilla y León*: Orden de 6 de julio de 1999, de la Conserjería de Industria, Comercio y Turismo. Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León. Registro de Franquiciadores de Castilla y León.
- *Cataluña*: Decreto 287/1999, de 26 de octubre. Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de Equipamientos Comerciales de Cataluña. Registro de Franquiciadores de Cataluña.
- *Extremadura*: Decreto 203/2000, de 26 de septiembre. Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio (modificada por la Ley 7/2010, de 19 de julio). Registro de Franquiciadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- *Galicia*: Decreto 118/2012, de 20 de abril. Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior de Galicia. Registro Gallego de Comercio.
- *Madrid*: Ley 1/2008, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid. Registro de Franquiciadores de la Comunidad de Madrid.
- *Murcia*: Ley 11/2006, de 22 de diciembre, de Comercio Minorista de la Región de Murcia. Registro de Comercio Interior. Registro de Franquiciadores.
- *Navarra*: Ley Foral 17/2001, de 12 de julio (BON N° 86, de 16/07/01). Registro de Franquicias.
- *País Vasco*: Ley 7/1994, de 27 de mayo, de Actividad Comercial. Ley 7/2000, de 10 de noviembre, de Modificación de la Ley 7/1994, de la Actividad Comercial. Ley 7/2008, de 25 de junio, de Segunda Modificación de la Ley de la Actividad Comercial.
- *La Rioja*: Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades Feriales en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de La Rioja.

- *Valencia*: Orden de 14 de octubre de 1999, de la Conserjería de Industria y Comercio. Ley 3/2011, de 23 de mayo, de Comercio de la Comunitat Valenciana. Registro General de Comerciantes y de Comercio de la Comunidad Valenciana.
- *Ceuta*: RD 2500/1996, de 5 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la ciudad de Ceuta en materia de comercio interior y ferias interiores.

6. LA EXPERIENCIA COMUNITARIA

A) Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre

En este sentido, al extinto Reglamento comunitario 4087/88 de 30 de noviembre¹⁹³, que regulaba la franquicia como fenómeno económico específico o aislado, estableciendo el contenido de las cláusulas que se podían o no imponer en los contratos, fue sucedido por el Reglamento CE N° 2790/99, de 22 de Diciembre de 1999¹⁹⁴, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE 29-12-99 L 336/21) y las Directrices relativas a las restricciones verticales (publicadas en el DOCE N° C 291/01 de 13 de Octubre de 2000).

¹⁹³ Reglamento (CEE) N° 4987/88, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 de Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (DOCE N° 359/1988, 28-XII – 1988).

¹⁹⁴ Reglamento (CE) N° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. (DOCE N° L 336, 29-XII-1999).

B) Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre

Este segundo Reglamento 2790/99¹⁹⁵, optaba por aunar en una misma norma todos los acuerdos y prácticas relativos a restricciones verticales (franquicia, distribución exclusiva, suministro exclusivo, distribución selectiva, etc., salvo distribución de vehículos a motor a la que ha dedicado un reglamento específico), y por determinar su conformidad con el ordenamiento, no ya en función del contenido del acuerdo en sí, sino en función de su trascendencia económica, de forma y manera que los acuerdos verticales que afectasen a una cuota de mercado igual o inferior al 30% se reputarían válidos en tanto en cuanto, no contuviesen determinadas restricciones que darían lugar a la nulidad del acuerdo (fijación de precios, restricción de suministros cruzados, restricción de ventas pasivas,...), o a la nulidad de las cláusulas (cláusulas de no competencia de duración superior a 5 años, obligación de no competencia post-contractual de duración superior a un año, prohibición de vender marcas determinadas,...)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Cuya fecha de expiración fue el 1 de junio de 2010. A partir del 1 de junio entró en vigor el Reglamento N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE N° L 102, 23-IV-2010).

¹⁹⁶ *Cfr.* VEELKEN, W., "Comentario al Reglamento 2790/1999", en IMMENGA y MESTMÁCKER, *EG- Wettbewerbsrecht kommentar*, Ergänzungsband Band der 2, Ergänzung, Januar 2001, München, Beck. 2001, pág.5; WISH, R., "Regulation 2790/199: The Commission's new Block exemption for vertical agreements", CMLR 387, 2000; LÓPEZ FRADE, A. M., *La competencia desleal en el marco del contrato de franquicia*, documento de internet, 2004, <http://www.efranquizium.com>.

C) Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre

Como expresión de esta voluntad de convertir la defensa de la competencia en un “motor de cohesión” posteriormente, en concreto el 4 de Enero de 2004 se publicó el Reglamento comunitario CE N° 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE 4-1-2003 L1/1) que, entre otras muchas cuestiones de sumo interés, disponía de forma meridiana, la obligación por parte de las autoridades de defensa de la competencia y jurisdiccionales de los Estados Miembros de la obligación de aplicar directamente la normativa comunitaria, al tiempo que establece los mecanismos de coordinación entre las autoridades nacionales y comunitarias, y el supuesto que un mismo acuerdo o practica esté sujeto a normativas nacionales sobre defensa de la competencia más restrictivas que la normativa comunitaria.

El problema que nos encontrábamos y que se ha querido solucionar, es que la normativa española no había evolucionado al mismo ritmo que la normativa europea. Así las cosas, y hasta el 15 de Abril de 2003 nos encontrábamos con una paradoja generadora de una grave inseguridad jurídica provocada el retraso en la adopción por parte del legislador español de la normativa europea con relación a aquellos acuerdos que afectaban exclusivamente al mercado nacional. La cuestión que se planteaba era la siguiente:

Por un lado nos encontrábamos que los acuerdos de franquicia que afectaban únicamente al mercado nacional se regían por lo establecido en la Ley 16/89 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia -reformada en varias ocasiones- y desarrollada, en lo que aquí concierne, por el Real Decreto 157/1992 de 21 de Febrero, cuyo art. 1.e) establecía; “que los acuerdos de franquicia en que participaren únicamente dos empresas, que afectaren únicamente al mercado nacional y cumplieran las disposiciones establecidas en el reglamento CEE

4087/88 de la comisión de 30 de Noviembre de 1988 estarían exentos, y por tanto, serían válidos desde el punto de vista de la legislación nacional”.

Por otro lado la remisión normativa al Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre había quedado vacía de contenido por el hecho de la expiración del plazo del propio reglamento comunitario y por la aprobación del reglamento 2790/99 que lo sustituye y que es de aplicación directa, en cualquier caso, a los acuerdos que pudieran afectar al comercio entre estados miembros, lo que daba lugar a una discusión doctrinal sobre qué normativa aplicar en aquellos casos en que un mismo acuerdo o práctica afectaba únicamente al mercado Español, y además al mercado entre dichos estados miembros.

Para dar solución a este problema en el BOE N° 90 de fecha 15 de Abril de 2003¹⁹⁷ , publicó el Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo¹⁹⁸. Este disponía por fin, entre otras cuestiones, que todos los acuerdos relativos a restricciones verticales suscritos por dos o más empresas que afectasen únicamente al mercado nacional quedaran autorizados siempre que cumpliesen con lo establecido en el Reglamento Comunitario 2790/99 (relativo a restricciones verticales). Asimismo la Disposición transitoria única disponía que los acuerdos de franquicia redactados y conformes con el antiguo Reglamento Comunitario 4087/88 se reputaran válidos, siempre que en el plazo de 6 meses –que expiraría el 15 de octubre de 2003-, fuesen modificados para adaptarlos al Reglamento 2790/99. De ahí la necesidad de revisar los contratos de franquicia existentes. Cuestión importante también fue si al albur de esta revisión, también resultaba

¹⁹⁷ BOE N° 90 de fecha 15 de Abril de 2003, pág. 14851.

¹⁹⁸ Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo por el que se desarrolló la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de defensa de la Competencia.

conveniente solicitar una autorización singular ante el Servicio de Defensa de la Competencia -o una declaración de que nuestros contratos-modelo se ajustan a la normativa de defensa de la competencia-.¹⁹⁹

D) Reglamento 330/2010, de 20 de abril

Posteriormente se creó el Reglamento N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, en el Reglamento vigente no existe la definición de la franquicia, ni tampoco del contrato de franquicia, igual que no existía en el Reglamento (CE) N° 2790/1999, de 22 de diciembre, pero las modificaciones introducidas obedecen esencialmente a cambios estructurales que se han producido en el ámbito de la distribución comercial en los últimos años, la principal de ellas se refiere sin duda, a la aplicación de los umbrales de la cuota de mercado por debajo de los cuales los acuerdos verticales se consideran automáticamente exentos –siempre que reúnan determinadas condiciones-.²⁰⁰ Sólo autoriza automáticamente aquellos acuerdos, que además de reunir determinadas condiciones, tanto el proveedor como el comprador o distribuidor se sitúan por debajo de dicha cuota de mercado del 30%; otra novedad en cuanto a la fijación de precios de reventa consiste en que se reconoce expresamente que en ocasiones este tipo de restricciones pueden

¹⁹⁹ Ello resultaría especialmente aconsejable en los supuestos:

- a) Cuando el contrato prevea condiciones no autorizadas por el Reglamento 2790/99, como por ejemplo una cláusula de suministro exclusivo de más del 80% de los productos del franquiciado con una duración superior a 5 años.
- b) Si la cuota de mercado de la cadena en su conjunto es superior al 20%.
- c) Si se desea disponer de un instrumento sólido para oponerse a las peticiones que pretenden instrumentalizar las nefastas consecuencias que podrían derivarse de la nulidad del contrato de franquicia por infracción de la normativa de defensa de la competencia para obtener unas ventajas particulares en la venta del negocio franquiciado.

²⁰⁰ Recordemos que el anterior Reglamento establecía una cuota de mercado del 30% aplicable únicamente al proveedor o fabricante exclusivo.

generar eficiencias y cumplir los requisitos de exención del art.103 TFUE²⁰¹. El citado vigente Reglamento tiene su fecha de expiración el 31 de mayo de 2022, aunque claramente la reglamentación –al menos eso esperamos y deseamos-, seguirá aumentando y adaptándose al entorno. Deseemos así pues, que la ansiada ley que regule definitivamente este sistema de negocio, suplante a esta Reglamentación y se implante en nuestro ordenamiento jurídico a la mayor brevedad posible.

SECCIÓN XI.- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. CONTEXTO LEGISLATIVO

Se inicia nuestra referencia con la ya derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, que venía a implantar un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permitiera contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado. La misma incluía entre las categorías de acuerdos que estaban exentos y que por tanto, aunque pudieran incidir en la libre competencia quedaban fuera de las prohibiciones, los acuerdos de franquicia en que participarán solamente dos empresas y afectasen solamente al mercado nacional.

De otro lado el artículo 85 del Tratado de Roma de 25 de mayo de 1957, por el que se constituía la Comunidad Económica Europea establecía la

²⁰¹ A título de ejemplo, y aunque esta cuestión deba analizarse caso por caso, las Directrices admiten este tipo de prácticas de forma transitoria en los supuestos de introducción de un nuevo producto o servicio en el mercado o en el marco de acuerdos de franquicia o sistemas de distribución similar, en los que sea necesario aplicar durante un período de tiempo limitado (de 2 a 6 semanas) precios promocionales con un formato uniforme.

prohibición, y por consiguiente nulidad, de aquellos acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y tengan por objeto o efecto el de impedir, restringir o falsear la libre competencia.

El mismo artículo, en su apartado tercero, dejaba abierta la puerta de la exención de la anterior prohibición para aquellos supuestos en que las citadas prácticas contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, haciendo a los usuarios partícipes del beneficio resultante y siempre que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean imprescindibles para alcanzar tales objetivos.

Tal posibilidad, como observamos tras su estudio, se materializó entre otros, en el Reglamento de la Comisión de la CEE 4087/88, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de Roma a categorías de acuerdos de franquicia, por el que se aplicaba una exención a la prohibición del artículo 85 del Tratado de Roma a los acuerdos de franquicia, tal y como los define el propio Reglamento y para las prácticas que el mismo establece.

Posteriormente con la derogación de este Reglamento, por el de 2790/1999, de 22 de diciembre, Reglamento que entró en vigor el 1 de Junio, y en donde el concepto de la franquicia cambió radicalmente, pasando de estar regulada como figura especial de los contratos de distribución con sus propias características y especialidades, a regularse conjuntamente con otras figuras afines como el suministro exclusivo y la distribución selectiva. Señalamos que este nuevo texto normativo no definía exactamente la franquicia, en este sentido en el texto del Reglamento identificaremos al *proveedor* como franquiciador y al *comprador* como al franquiciado. Si bien este nuevo Reglamento no afectaba con carácter exclusivo a la franquicia, si que podemos afirmar que por lo que respetaba a ésta, era más restrictiva de la competencia que eran habituales en los contratos de franquicia, redactados conforme a los intereses del franquiciador.

Como ya hemos señalado este nuevo Reglamento no será de aplicación exclusiva a los acuerdos de franquicia, de forma que su ámbito de aplicación comprenderá a aquellos acuerdos de distribución celebrados entre dos o más empresas que operen en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución y que por su naturaleza restrinjan de alguna forma la libre competencia.

2. LA DEROGADA LEY 16/1989, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En términos generales se podía afirmar que el espíritu que regía este Reglamento era netamente económico. De forma que uno de los mayores problemas de dicho cuerpo normativo fue el cálculo de la cuota de mercado y la necesidad de determinar el mercado relevante, para lo cual los conceptos de mercado relevante de producto y mercado geográfico debían definirse. Este estudio de la cuota de mercado era uno de los puntos más criticados de dicho Reglamento.²⁰² Paralelamente, la citada regulación comunitaria fue transcrita, de forma casi literal, a la normativa aplicable dentro del ámbito nacional.

A) Definición

Así, en el artículo 1 de la ya derogada, Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, prohibía;

todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el

²⁰² De forma que la exención que en el texto normativo se prevé en el artículo 2 se aplicará cuando la cuota de mercado no exceda del 30% del mercado relevante. Si la cuota de mercado excede del 30% pero no sobrepasa del 35%, la exención seguirá aplicándose durante un periodo de dos años a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30%.

efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistía en:

- 1. La fijación, de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- 2. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- 3. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- 4. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- 5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

El mismo artículo declaraba;

Nulos de pleno derecho, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo antes expuesto, no estén amparados por las exenciones previstas en la propia Ley.

B) Exenciones

Tales exenciones se definían en el artículo 3, que establecía que;

Se podrían autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que nos hemos referido anteriormente, que contribuían a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico siempre que:

- a) *Permitiesen a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas;*
- b) *no impusiesen a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y;*
- c) *no consentir a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*²⁰³

La práctica totalidad de los acuerdos de franquicia contiene un número importante de estipulaciones cuyo contenido no estaría permitido en función de lo establecido en el artículo 85.1 del Tratado de Roma y en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, la inclusión en los acuerdos de franquicia de tales estipulaciones no supone vinculación de las normas de defensa de la competencia al estar permitidas por el Reglamento 4087/88 de la Comisión, aplicable a las franquicias de “ámbito nacional” en virtud del *Real Decreto 157/92*. En otras palabras, el Reglamento 4087/88 permite incluir en los acuerdos de franquicia estipulaciones cuyo contenido, fuera del ámbito de la franquicia, estaría prohibido por las normas de defensa de la competencia.²⁰⁴ Dicha Ley, además de

²⁰³ La autorización prevista en el artículo 3 de la derogada Ley de Defensa de la Competencia de determinados acuerdos se concretó a través del Real Decreto 157/92, de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia, que autorizaba, dentro del ámbito nacional, los acuerdos de franquicia que cumplieran las disposiciones establecidas en el Reglamento 4087/88 de la Comisión.

²⁰⁴ Las mismas normas de la competencia establecen restricciones de la misma permitidas en los acuerdos de franquicia:

*Establecimientos de zonas de exclusividad.

desarrollar los mandatos y principios constitucionales, se inspira en las normas comunitarias de política de la competencia, y muy concretamente, su capítulo segundo “*De las concentraciones económicas*”²⁰⁵, estableciéndose un régimen de control de aquellas que por su importancia y efectos, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público. De esta forma cuando el Servicio de la Competencia considere que una notificación voluntaria de operación de alianza entre empresas no responde a una operación de concentraciones económicas, resolverá en el plazo de un mes que sea tratada como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas con arreglo a lo previsto en el artículo 3 y que no goce del beneficio de la autorización tácita.²⁰⁶

Con esta indicación, relativa a los precedentes legislativos del *franchising* podemos considerar que incluso su origen (legislativo) está unido al derecho de la competencia, y aquí no queremos dejar de citar, aunque con otro tipo de

*Fijación de especificaciones mínimas de calidad de los productos o servicios objeto de franquicia.

* Aprovisionamiento exclusivo de productos en los que no se puedan dar especificaciones mínimas de calidad.

* Prohibición de competencia.

* Imposición de una gama de productos mínima, mantenimiento de existencias.

* Establecimiento de una facturación mínima.

*Establecimiento de un canon de publicidad.

²⁰⁵ El R.D. 1080/1992, de 11 de septiembre, es el que regula el procedimiento a seguir por los Órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas y forma y contenido de su notificación voluntaria.

²⁰⁶ Refiriéndonos al art. 15 de la Ley de Defensa de la Competencia, hemos de recordar que este apartado fue adicionado por el art. 15 del R.DL. 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

pretensión, el llamado “*Código Deontológico de la Franquicia en Europa*”; elaborado por la CEE, que sirvió de base o precedente al citado Reglamento 4087/88. Dicho Código, estructurado alrededor de una Introducción, en la que se señala expresamente, entre otras circunstancias, que la franquicia descansa en la confianza mutua, en unas normas sobre publicidad de selección y unas reglas sobre el contrato, además de unas llamadas notas suplementarias en las que se hace alusión a los posibles cláusulas de “no competencia” que deberán definirse y concretarse con exactitud en al propio contrato por lo que respecta a su duración y zona de aplicación.

Desde su entrada en vigor, la ya citada Ley de Defensa de la Competencia, se han producido modificaciones, algunas de gran calado, y se han promulgado diversas normas de desarrollo²⁰⁷.

3. LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En este marco, la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación

²⁰⁷ Además, se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Finalmente, en los últimos años se ha producido una importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia, que ha fructificado en el nuevo Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas y, sobre todo, en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia²⁰⁸.

Para ello, y analizando esta Ley, observamos que parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia y está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada implicación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno²⁰⁹.

Por lo que respecta al capítulo primero, de la citada Ley, relativo a las conductas restrictivas de la competencia, la Ley introduce cambios (respecto de la

²⁰⁸ Una segunda norma en la materia con rango de ley formal está constituida por la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. En su virtud se crean los órganos administrativos competentes para la aplicación de las disposiciones sustantivas y procesales dispuestas por la Ley 15/2007.

²⁰⁹ La citada ley se estructura en cinco títulos, siendo el primero de ellos el que recoge los aspectos sustantivos de los tres tipos de instrumentos principales de esta política: régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia, principios del control de concentraciones y sistema de seguimiento y propuesta en materia de ayudas públicas. Dicha ley, no sólo respeta sino que extiende los efectos de la STC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, por la que se produjo la regionalización de la aplicación del Derecho español de la libre competencia en las Comunidades Autónomas cuyos respectivos Estatutos habilitan al efecto y así lo haya decidido. En la actualidad son ocho las Comunidades Autónomas, incluyéndose las de mayor aportación al PIE español, que de una u otra manera aplican directamente las normas de la LDC en su territorio.

ya citada y derogada, Ley 16/1989) principalmente en tres líneas. En primer lugar, se aclaran y simplifican los diferentes tipos de infracción. En segundo lugar, se pasa del régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario. Y en tercer lugar, se aclaran los efectos de la exención legal y el tratamiento de las conductas de *minimis*.²¹⁰

²¹⁰ El RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC"), El RDC se ocupa de desarrollar, en sus tres primeros artículos, el concepto de conductas de menor importancia que el artículo 5 de la LDC excluye tanto de la prohibición de acuerdos restrictivos como de las de abuso de posición de dominio y de falseamiento de la competencia por actos desleales. Para ello, el RDC distingue cuatro situaciones, no quedando muy claro si éstas se refieren únicamente a acuerdos restrictivos o si por el contrario es posible una situación *de minimis* en relación con los dos otros tipos de conductas prohibidas:

(I) *Conductas entre empresas competidoras: éstas serán de menor importancia cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10%. Se exceptúan de la calificación de menor importancia conductas tales como la fijación de precios de venta, la limitación de la producción o de las ventas y el reparto de mercados o clientes.*

(II) *Conductas entre empresas no competidoras: éstas serán de menor importancia cuando ninguna de dichas empresas posea una cuota de mercado superior al 15%. No tendrán la consideración de conductas de menor importancia: el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo, las restricciones de ventas activas o pasivas a usuarios finales, de suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva, las acordadas entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos y la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales. En esta misma enumeración se incluye igualmente el establecimiento de cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de 5 años.*

(III) *Supuestos en los que no se pueda determinar si la conducta es entre competidores o no: el RDC señala que "se aplicará el porcentaje del 10 por ciento de cada uno en los mercados relevantes afectados". Aquí se observa una importante diferencia con la comunicación de "minimis" de la Comisión Europea a efectos del artículo 81 del Tratado CE (claramente inspiradora del RDC), que establece que en caso de duda "se aplicará el umbral del 10%". Mientras que la Comunicación comunitaria opta por entender, por un principio de prudencia,*

Comprendiendo la Ley, y siguiendo la evolución que en la materia que nos trata ha seguido la misma, hemos observado que los tipos de infracciones, mantenían la prohibición de los acuerdos de empresas y del abuso de posición de dominio así como del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aclarándose la redacción de este último tipo. Pero sin embargo, se elimina, ahora sí, la referencia específica al abuso de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

En otro punto de la citada Ley y en relación con el paso al sistema de exención legal, excluye esta de la prohibición a aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos, en línea con los previstos en las normas comunitarias. En esencia, se trata de que las prohibiciones no sean aplicables a aquellas restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan en términos de eficiencia en la asignación de recursos y, por tanto, del bienestar general.²¹¹

que en caso de duda se debe entender que el acuerdo es entre competidores y se aplica el umbral de cuota más bajo (el 10% conjunto), la redacción del RDC es confusa, pues da a entender que en caso de duda se debe aplicar un umbral individual del 10% (lo cual, teóricamente, podría llevar al absurdo de considerar de minimis conductas en las que la cuota conjunta de las empresas no superase el 20%, siempre que no superasen el 10% cada una).

(IV) Supuestos en los que la existencia de redes paralelas de proveedores y distribuidores provoca un efecto acumulativo que abarque más del 30% de la cuota de mercado: los porcentajes fijados en las tres situaciones anteriores se reducen al 5%.

²¹¹ Para conocer en este sentido de la Defensa de la Libre Competencia, véase, ILLESCAS ORTIZ, R., "La defensa de la libre competencia", en *Derecho Mercantil. Contratación Mercantil*, (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A.), Vol. 5, Marcial Pons, 15º ed., Madrid, 2013, págs.215 y ss.

Así pues, esta evolución normativa ha propiciado que los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea, diseñados por el Tratado de Roma (TCE), tengan como fin último, garantizar el correcto funcionamiento del mercado único. La competencia “es la garante de la integración de los sistemas económicos de los Estados miembros en un mercado único”²¹², de ahí que el tan citado, artículo 81 del TCE²¹³ prohíba por ser incompatible con el mercado único, aquellas actuaciones empresariales que consistan en prácticas concertadas y otros acuerdos que puedan afectar al comercio entre los estados miembros, y que impidan, limiten o falseen la competencia en el mercado común. Uno de esos acuerdos serían los denominados “acuerdos verticales”. Estos constituyen acuerdos o prácticas concertadas suscritas entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, por ejemplo, los contratos de franquicia de distribución.

No obstante, a su vez la política de competencia de la Unión Europea está dotada de cierta flexibilidad, como lo demuestra el apartado 3 del artículo 81 del TCE²¹⁴, que introduce ciertas excepciones para procurar “una mayor adaptación

²¹² *Vid.* MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato... op.cit.*, 116.

²¹³ “Los dos grandes pilares del derecho comunitario de competencia aplicable a las empresas privadas son los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). El artículo 81 prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. El artículo 82 prohíbe el abuso de una posición dominante.

²¹⁴ No obstante, las disposiciones del apartado 3 podrán ser declaradas inaplicables *a*: — *cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas*; — *cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas*; — *cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante (...).*” Normas sobre la competencia, disposiciones aplicables a las empresas, Tratados constitutivos de las

del derecho a la realidad económica”, pues los efectos de los pactos limitativos de la competencia son variados y, en muchas situaciones, beneficiosos para el propio mercado y, por ende, para los consumidores.

A) Los acuerdos verticales

En ese sentido, los acuerdos verticales se someten a las reglas de competencia y, en particular, a las prescripciones del apartado 1 del artículo 81 del TCE²¹⁵. La primera condición para la aplicación de ese artículo 81 (y, consecuentemente, para ser incompatible con el mercado único) es que los acuerdos en cuestión puedan tener un efecto apreciable sobre el comercio entre estados miembros, que resulta probable en el caso en que una red de distribución se extienda por todo el territorio de uno o más estados miembros. La segunda condición es que los supradichos acuerdos limiten, restrinjan o falseen la competencia de forma significativa. Esto puede ocurrir cuando estos acuerdos no sólo determinan el precio y la cantidad de una operación de compraventa

Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario”. Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, texto consolidado con todas las reformas posteriores..

²¹⁵ El apartado 1 del artículo 81 dispone lo siguiente: *serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

específica, sino que también imponen restricciones al proveedor o al comprador (conocidas también como restricciones verticales).

A pesar de ello, el apartado 3 del mismo artículo 81 del TCE excluye de esta prohibición los acuerdos que originen beneficios suficientes para contrarrestar los efectos anticompetitivos, como pudieran ser mejoras en la eficiencia. Se dice en tal caso que los acuerdos quedan exentos con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del TCE. Pero sólo pueden quedar exentos los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y, en todo caso, reserven a los consumidores una participación equitativa en los beneficios.

En tal sentido, el que un acuerdo vertical restrinja de hecho la competencia o que, en tal caso, los beneficios superen los efectos anticompetitivos, dependerá a menudo de la estructura del mercado. En principio, será necesaria una valoración caso por caso²¹⁶.

Por consiguiente, en principio, para la aplicación del supradicho apartado 3 del artículo 81 del TCE, la Comisión Europea puede conceder, por medio de un

²¹⁶ Destacamos que al 1 de mayo del 2004, entró en vigor el Reglamento 1/2003, de aplicación de las normas contenidas en los artículos 81 y 82 del TCE. Dicho Reglamento introdujo importantes modificaciones sustantivas, pero lo hizo en el ámbito de los acuerdos prohibidos por el artículo 81.1 del TCE, y -en especial- en cuanto a la aplicación de las condiciones para la exención contenida en el artículo 81.3 del TCE. Esta reforma supone el paso de un sistema de autorización centralizado de notificación previa a un sistema de excepción legal que, basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia y en el refuerzo del control a posteriori, permite por una parte reducir el trabajo de la Comisión y por otra aumentar el papel de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del derecho de competencia garantizando al mismo tiempo su aplicación uniforme. (Reglamento 2790/1999). Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DO L, N° 336 del 29 de diciembre de 1999.

Reglamento, exenciones para categorías enteras de acuerdos. Estos Reglamentos reciben generalmente el nombre de “reglamentos de exención por categorías” o “en bloque”, y pretenden determinar la licitud o ilicitud de determinadas cláusulas en relación con la libre competencia. De ahí que la Comisión ha adoptado²¹⁷, en lo que respecta a nuestro tema, un Reglamento de exención por categorías para los acuerdos de suministro y de distribución conocidos como Reglamento 2790/1999²¹⁸.

Este Reglamento se aplica, en principio, a los acuerdos verticales de todos los sectores de la industria y el comercio, salvo aquéllos en los que la Comisión haya adoptado un reglamento sectorial de exención por categorías. En su parte medular, este Reglamento establece que no se aplicará el apartado 1 del artículo 81 del Tratado a los acuerdos verticales (y, por ende, a los contratos de franquicia de distribución) que cumplan con el límite establecido de la cuota de mercado de las empresas implicadas en el mercado de referencia, y que el contrato no contenga ninguna de las cláusulas prohibidas por el Reglamento.

²¹⁷ Otro caso se da en el sector de los vehículos de motor, que ha contado desde hace tiempo con un reglamento sectorial de exención por categorías, el Reglamento 1475/1995 de la Comisión, que expiró el 30 de septiembre de 2002 y fue sustituido por el Reglamento 1400/2002 de la Comisión, del 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. También tenemos en vigor exenciones para los acuerdos de transferencia de tecnología; los acuerdos de especialización; y, los acuerdos de investigación y desarrollo.

²¹⁸ Unión Europea (Reglamento 2790/1999). Derecho de la competencia: Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOCE L, N° 336 del 29 de diciembre de 1999. Este reglamento es sustitutivo del anterior Reglamento (CE) N° 4087/1988 del 30 de noviembre de 1998, y modificó de forma sustancial el tratamiento de los acuerdos verticales en el derecho comunitario de la competencia. También modificó los reglamentos de exención de acuerdos de distribución exclusiva y compra exclusiva.

Ahora bien, en nuestra materia, hemos podido advertir que la utilización del contrato de franquicia de distribución puede contribuir a mejorar la producción y distribución de los productos. Asimismo, puede constituirse en el medio que disponen las pequeñas y medianas empresas para facilitar su entrada en el mercado. Y que hasta los consumidores se verán también beneficiados al disfrutar de un abastecimiento continuo y variado de productos, amén de tener acceso a servicios de garantía ofrecidos por el distribuidor. En fin, todos estos hechos, sin duda, estimulan la competencia. Consideramos entonces que, en general, el contrato de franquicia no es en sí mismo restrictivo de la competencia y, por consiguiente, tampoco es incompatible, en particular, con las reglas de la competencia desde la perspectiva del artículo 81 del TCE.

El contrato de franquicia en su contenido genuino es un contrato lícito y lícitas son sus cláusulas esenciales. Pero lo que sí puede ocurrir es que existan situaciones en que un contrato de franquicia de distribución pueda resultar contrario al mencionado artículo 81 del TCE. Por ejemplo, al incluir determinadas condiciones o cláusulas que podrían ser susceptibles de restringir o distorsionar la competencia, dando a lugar algunos efectos negativos desde ese punto de vista. La cláusula de exclusividad o no competencia territorial podría ser una de ellas.²¹⁹

Efectivamente, las redes de distribución integradas en el ámbito comercial y basadas en un intento de controlar todo o gran parte del proceso de producción-distribución, se construyen, en gran medida, sobre los pilares de la exclusividad

²¹⁹ También podría ser, “la prohibición al franquiciado para desarrollar una política de precios competitiva frente al franquiciador y a los otros franquiciados, y que conlleven la existencia de precios impuestos”. (Vid. VEGA PENICHET, L., *El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia*. En *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*., Mayo-septiembre 1988, Nº 5, pág. 321).

territorial y la selección de distribuidores, elementos que, desde un punto de vista objetivo, constituyen potenciales restricciones de la competencia. Pueden dar lugar al debilitamiento de las fuerzas competitivas positivas dentro de la cadena de suministro, obstaculizando el acceso al mercado de otros fabricantes de la competencia, que pudiesen ser mucho más eficientes. Además, existe la posibilidad de que la cadena de comercialización posea una situación dominante que le permita imponer ciertas condiciones en abuso de su posición sobre los otros operadores de la cadena.²²⁰

B) La rigidez consecuente del artículo 81 del TCE

En consecuencia, el caso de la distribución exclusiva podría ser contrario al artículo 81 del TCE. Pero podrá incluirse en el contrato siempre y cuando sea conforme al conocido Reglamento 2790/1999. De ser así, se beneficiará de la respectiva exención. Y así se hará en la medida en que la restricción de ventas activas en el territorio reservado en exclusiva sea la establecida para el franquiciador a un tercero o para el mismo franquiciador.

En ese sentido, en el territorio contractual, el franquiciador no podrá conceder el derecho de explotar la franquicia de distribución o parte de ella a un tercero. Tampoco podrá explotar por sí mismo la franquicia de distribución ni comercializar por sí mismo los productos objeto de la distribución.

De ahí que, en consecuencia, estamos sólo ante la distribución denominada de “exclusividad simple”, demostrando la libertad de relaciones comerciales entre los franquiciados para venderse entre sí o a quienes se lo soliciten dentro del mercado único. En efecto, el poder vender a cualquier consumidor domiciliado en el territorio de otro franquiciado produce competencia entre ellos, ofreciendo a los

²²⁰ Vid. MAYORGA TOLEDANO, M^a C., *El contrato...op.cit.*, 2007, pág.23.

consumidores una red de distribución uniforme. No obstante, se puede prohibir al franquiciado la activa promoción y captación de los productos y clientes, respectivamente, fuera del territorio contractual. Esto es, que el franquiciado puede abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos objeto de la franquicia de distribución²²¹. Con ello, esta exclusividad territorial permite al franquiciado concentrar sus esfuerzos, sin impedir a los consumidores comprar los productos fuera de la zona y a los franquiciados comercializar entre sí.²²²

C) Consideración conclusiva

En definitiva, y como conclusión al estudio pormenorizado de las Leyes de la Competencia, deducimos y así exponemos en todo caso, que los contratos de franquicia, al ser analizados a la luz de las normas del derecho de la competencia, no pueden verse afectados por políticas de competencia tanto desde posturas altamente formalistas como de un excesivo intervencionismo del Estado en cuanto al control de las conductas anticompetitivas. Estas normas no deben ser ajenas ni alejadas de la realidad económica, que obliguen a los empresarios a adaptar sus acuerdos a las condiciones de tales normas en detrimento del dinamismo de los contratos y, por ende, la imposibilidad del desarrollo de nuevas figuras de distribución.

²²¹ Vid. SÁNCHEZ PRESEDO, A., *Los acuerdos de franquicia*. Madrid, 1997, pág. 129.

²²² Vid. ARMIJO CHÁVARRI, E., “La propiedad industrial y el derecho de la competencia”, en ORTIZ BLANCO L. y GUIRADO GALIANA, R. (Coord.), *Derecho de la competencia europeo y español: Curso de iniciación*, Vol. V, Madrid, 2004, pág. 226.; “los acuerdos de delimitación podrán ser lícitos y útiles si sirven para delimitar en beneficio mutuo de las partes interesadas las esferas en las que podrán utilizarse sus marcas respectivas, así como para evitar confusiones o conflictos entre éstas.”

Las normas de competencia no pueden conducirnos a una pérdida de flexibilidad en las negociaciones entre los operadores económicos a la hora de elaborar o estructurar los contratos de franquicia, ante la duda de incluir determinadas cláusulas que podrían actuar beneficiosamente en el aspecto competitivo.

Por ello, compartimos el criterio de que las políticas de competencia deben conciliar criterios jurídicos con un análisis económico del impacto que realmente producen dichos acuerdos en el mercado. No se debe ignorar el poder del mercado como elemento fundamental para valorar los efectos anticompetitivos del contrato de franquicia de distribución.

El ejemplo es el de la Unión Europea con el Reglamento 2790/1999, que convierte al poder de mercado de las empresas en un elemento determinante para la aplicación de la exención, no obstante las críticas que pudiere tener dicho Reglamento vendrían como consecuencia de mantener un enfoque eminentemente formal, al complementar el límite de la cuota de mercado con una prolija lista de cláusulas prohibidas.

4. LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las novedades más relevantes de la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, podemos encuadrarlas con respecto a las conductas restrictivas de la competencia. En este sentido, la nueva reforma introduce básicamente tres cambios: el primero de ellos hace referencia a aclarar y simplificar los diferentes tipos de infracciones que se pueden cometer. Sigue prohibiendo los acuerdos entre franquicias de abuso de posición dominante, así como el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, pero sin embargo ya no menta la referencia que hacía la anterior Ley hacia el abuso de dependencia

económica. El segundo de los cambios consiste en la nueva transición del régimen de autorización singular de los acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal. Y por último la nueva Ley excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos, lo que pretende es que las prohibiciones no sean aplicables a las restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan.

En cuanto a las concentraciones económicas las novedades principales son: se aclaran algunos términos, como el de “concentración”-, declarando ésta cuando se produce un cambio estable en la estructura de control de una empresa. Otra novedad importante al respecto de las concentraciones es que se mantiene el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo en tanto no recaiga resolución favorable de la Administración, pero previendo el posible levantamiento de la obligación de suspender la ejecución de la concentración en cualquier momento del transcurso del procedimiento.

Este nuevo texto va a exigir mayor control por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, por lo tanto, la seguridad jurídica se va a ver reforzada, previendo incluso la publicidad de las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, eximiendo –y he aquí una muy relevante exención de sanción-, a las empresas (tanto franquiciadoras como franquiciadas) a un procedimiento especial de “clemencia” , consistente en la exoneración del correspondiente pago de la multa cuando estas empresas –aún habiendo formado parte de una cártel-, se opongan al mismo, ya sea denunciando su existencia o incluso, aportando pruebas para una mejora de su investigación.

5. LAS RESTRICCIONES EN EL DERECHO A LA COMPETENCIA

A) Teoría de las restricciones accesorias

La teoría de las restricciones accesorias emerge en la práctica antitrust europea en la segunda mitad del siglo XX,²²³ en concreto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual regula en el capítulo I del Título VII las normas de Derecho de la Competencia. Así, el apartado 1º del artículo 101 del TFUE prohíbe entre otras prácticas, la fijación directa o indirecta de precios, la limitación o el control de la producción, y la aplicación a sus distintos contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Sin embargo, en virtud del apartado tercero del mismo artículo, estas prohibiciones pueden ser declaradas inaplicables. En este sentido, el Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, señala que las prohibiciones del artículo 101 apartado primero no se aplicarán a los «acuerdos verticales», entre los cuales se incluyen los contratos de franquicia.

Es frecuente que los contratos de franquicia incluyan cláusulas de inaplicación de prohibiciones de derecho de competencia; esto se debe a que con frecuencia, la elaboración del contrato la realiza de manera unilateral el franquiciador, sin permitir al franquiciado la posibilidad de negociar sus condiciones, aunque esta inaplicación no es absoluta, sino que el

²²³ En Estados Unidos comenzó a finales del siglo XIX, concretamente con el caso *Addyston Pipe and Steele Co.* (85, fed. rep 271, 282 6th cir. 1898), donde se afirmaba que una restricción contractual era legal cuando la cláusula que la contenía era sólo accesoria al objetivo principal del contrato, que era en si mismo legal, y cuando era necesaria para garantizar al acreedor de la obligación el goce de los frutos legítimos del contrato, o para protegerlo contra un uso injusto de estos frutos por la otra parte: “No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract and necessary to protect the covenanted in the enjoyment of the legitimate fruit of the contract, or protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party”.

propio Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, contiene una serie de *"restricciones que retiran el beneficio de la exención"*, entre las cuales destaca la restricción de la facultad de imponer al franquiciado los precios de venta -sin perjuicio de que el proveedor, o en este caso, el franquiciador, pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo-; destaca también, la restricción del franquiciador de la facultad de control sobre las ventas que realiza el franquiciado a los usuarios finales; y por último, la prohibición de impedir al franquiciado vender las marcas de determinados proveedores competidores.

A este respecto, nuestra Jurisprudencia se ha pronunciado sobre estas prohibiciones, destacando el caso "Pronuptia" –que será objeto de estudio más adelante-. Dicha Sentencia 34/1986, de 28 enero, (caso Pronuptia c. Pronuptia) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala, en relación a la prohibición del franquiciado a contratar con determinados proveedores, que, "puede considerarse necesaria una cláusula que imponga al cesionario la obligación de vender únicamente mercancías suministradas por el cedente o por proveedores seleccionados por él, con el fin de proteger el prestigio de la red de distribución. Sin embargo, dicha cláusula no debe impedir al cesionario procurarse estas mercancías a través de otros cesionarios. Por otra parte, en cuanto a la restricción de fijación de precios, señala que "aunque las cláusulas que limiten la facultad del cesionario de determinar sus precios con toda libertad sean restrictivas de la competencia, no ocurre lo mismo respecto a la facultad del cedente de comunicar a los cesionarios precios indicativos, siempre que no existan entre el cedente y los cesionarios, prácticas concertadas para la aplicación efectiva de dichos precios". En caso de que el franquiciador se extralimitara en sus facultades de control sobre la empresa franquiciada, la sanción jurídica sobre el contrato que une ambos sería la nulidad de pleno derecho -*ex art. 101.2 del TFUE y art 1.2 de la LDC-*, por lo que ha de evitarse en todo caso, la inclusión de

cláusulas en el contrato de franquicia que supongan injerencias en la actividad empresarial del franquiciado.

B) Nueva regulación relativa a la aplicación de determinadas categorías de acuerdos verticales

EL Reglamento 2790/99 estuvo vigente hasta la aprobación en el año 2010 del citado Reglamento 330/2010 y sus Directrices de Verticales. Éste no ha modificado el cambio histórico de enfoque en la postura de la Comisión del anterior Reglamento, en definitiva la nueva reforma perseguía modificar dos aspectos concretos de la normativa sobre restricciones verticales para responder adecuadamente a dos fenómenos estructurales que se habían observado tras los diez años transcurridos desde la aprobación del derogado Reglamento del 2000²²⁴: en primer lugar los cambios en la estructura de los mercados de

224 En este sentido, para analizar estos acuerdos y todo lo referente a su aplicación jurídica de los acuerdos verticales y el derecho de la competencia; Vid. WISH, R., y BAILEY, D., "Regulation 330/2010: The Commission's new Block exemption for vertical agreements", 47 CMLR, 2010; FONT GALÁN, J.I. "El concepto de empresa relevante en el Derecho de la Competencia de la Comunidad Europea. Exposición y crítica.", *NCEE*, Nº 29, 1987; FERNÁNDEZ- NOVOA, C., y COSTAS COMESAÑA, J., Apartados 3.2, "Acuerdos de licencia de marca", en *BENEYTO, J.M (Dir.) y MAILLO, J. (Coord.), Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005; MARTÍ MIRAVALLS, J., "El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho comunitario: acuerdos verticales", *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº18, 2007; DETHMERS, F., y POSTHUMA DE BOER, P., "Ten Years On: Vertical Agreements Under Article 81", *ECLR*, issue 9, 2009; CALVO CARAVACA, A.L., y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia*, GJ B-85, 1993; GUTIÉRREZ, I., "Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico", *GJCEE*, Nº 229, 2004; CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Edit. Colex, Madrid, 2003; ALFARO ÁGUILA –REAL, J., et al., *El nuevo Reglamento de restricciones verticales, pocas nuevas aunque casi todas buenas*, Newsletter- CMS Albiñana & Suarez Lezo, 2009, pág.3; ILLESCAS ORTIZ, R., "El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia", en *Lecciones de Derecho mercantil*, 17ª ed, Tecnos, Madrid, 2014; GOYDER, J., *EU Distribution Law*, 4ª ed., Edit. Hart Publishing, Oxford, 2005; KORAH, V., *An introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9ª

distribución comercial, caracterizado por un incremento del poder de mercado de los grandes distribuidores, y el creciente fenómeno de las ventas por internet.

6. EL REGLAMENTO 330/2010 Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

Del análisis de este Reglamento y en concreto de su artículo 1, letra a) puede desprenderse la definición de acuerdo vertical que nos da el del Reglamento 330/2010:²²⁵

“Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción y que se refieran a las condiciones en la que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

Podemos observar, que como se observa, de la definición del Reglamento, el acuerdo vertical se compone de tres elementos fundamentales:²²⁶

ed., Edit. Hart Publishing, Oxford, 2007; LUGARO, P., y HAANS, J., “Ten points to consider when reviewing Regulation 2790/199”, *Global Competition Policy*, Release one, 2008; VALENZUELA GARACH, F.J., “Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante”, en *Estudios de Derecho de la competencia* (Coord. por PINO ABAD, M., Font Galán, J.I., 2005, págs. 467-476; GORRIZ LÓPEZ, C., “Distribución comercial y derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales”, *RCD*, N°6, 2010, pág.47; MASSAGUER FUENTES, J., “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises”, en Homenaje a BAYLOS, H., *Estudios sobre Derecho Industrial*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992; entre otros.

²²⁵ Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. (DOUEL 102/2010, 23 abril 2010). (Ref. CJ 7865/2010).

²²⁶ Para una mejor comprensión del análisis jurídico general aplicable en España a los contratos de distribución, *vid.*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., y VERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Edit. La Ley, Madrid, 2010.

En primer lugar que el acuerdo tiene lugar entre dos o más empresas, por lo que no quedan amparados los acuerdos verticales con consumidores finales que “no funcionan como empresa”; como tampoco se incluyen en la definición los acuerdos a los que llegue un empresario con su personal laboral.

En segundo lugar, que dicho acuerdo debe darse entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución, un ejemplo de los mismos lo constituyen los acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas.

Y por último, se desprende que dicho acuerdo ha de tener por objeto –como señala textualmente-, “las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios” con independencia de si el acuerdo se aplica a bienes finales o intermedios.

A) Acuerdos de exención por categorías

Analizada esta definición de acuerdo vertical, la Comisión identificó en sus Directrices de Verticales, algunos acuerdos que se benefician de la exención por categorías del Reglamento 330/3010, entre ellos; los acuerdos con asociaciones minoristas²²⁷ y los acuerdos con cláusulas relativas a derechos de propiedad intelectual.

²²⁷ En cuanto a los acuerdos que se benefician de esta exención por categorías a la que hacer referencia el citado Reglamento sobre las asociaciones minoristas exponemos a modo de ejemplo, la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), de 7 de junio de 1999, en el asunto *Intersport* (Resolución del TDC, de 7 de junio de 1999, Expte.A.258/99). Dicha resolución, proporciona un ejemplo histórico de las dificultades con las que podía encontrarse una central de compras en la que se pactase la concesión de territorios exclusivos a sus socios. En este asunto, el TDC concedió una autorización singular por un periodo de cinco años a una central de compras que agrupaba a minoristas de material deportivo, Intersport, y en la que se acordaba la adjudicación de zonas de influencia entre los

B) Acuerdos con cláusulas relativas a derechos de propiedad intelectual

En su articulado 2.3, el Reglamento incluye la exención por categorías, a aquellos acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas que se refieran a la cesión al comprador y utilización por éste de los derechos de propiedad intelectual (en adelante “DPI”), siempre que no constituyan el objeto principal del acuerdo y reúnan los siguientes requisitos²²⁸. Los DPI han de cederse al comprador o deben ser utilizados por éste, e igualmente las cláusulas de DPI han de formar parte de un acuerdo vertical, es decir, de un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender bienes o servicios. Éstas, no deben incluir restricciones a la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas bajo el Reglamento 330/2010, y además, han de estar directamente relacionadas con el uso, la venta o la reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes

minoristas asociados, el TDC sostuvo que las áreas de influencia concedidas a cada uno de los socios operaban como una restricción a la competencia contraria al art.1 de la entonces vigente Ley 26/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y que no se beneficiaban de ninguna exención por categorías. En este sentido, y como constató el TDC, el Reglamento de exención por categorías 4087/1988, vigente a la sazón y aplicable a los acuerdos de franquicia, no era aplicable porque sólo abarcaba aquellos acuerdos suscritos entre dos empresas, mientras que en el acuerdo de Intersport participaban una pluralidad de empresas.

²²⁸ Según el art. 1.1, letra f, del Reglamento 330/2010, los denominados Derechos de propiedad intelectual son: “los derechos de propiedad industrial, los conocimientos técnicos, los derechos de autor y todos los demás derechos afines”.

C) Exenciones concedidas por el Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del art.103 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Podemos desprender, las licencias de marca, pese a su importancia en el tráfico mercantil, no están incluidas en el ámbito de la exención del Reglamento 330/2010. Este tipo de licencias tampoco puede beneficiarse de la exención concedida por el RECATT²²⁹. La Comisión Europea considera que al no producirse una transferencia de tecnología, los acuerdos de licencia de marca son más afines a los contratos de distribución y por ello fueron excluidos del RECATT. El problema, como vemos²³⁰, es que tampoco están recogidas en el reglamento de exención por categorías llamado a aplicarse a los acuerdos de distribución. En la medida en que una licencia de marca se otorgue en el marco de un contrato de distribución de bienes y servicios, podrá beneficiarse de la exención por categorías prevista en el Reglamento 330/2010²³¹. Sin embargo, aquellas licencias de marca no vinculadas a un “acuerdo vertical” (denominadas licencias “puras”), sino a la mera comercialización de bienes fabricados por el licenciatario y sin utilizar ninguna tecnología del titular licenciante de la marca, no podrán beneficiarse de

²²⁹ Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del art. 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

²³⁰ Cfr. BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 2014, págs.203 y ss.

²³¹ En este lugar, cabría citar como ejemplo ilustrativo de este beneficio, una licencia de marca – con cierta exclusividad vinculada a un contrato de franquicia) que dispone que la exención por categorías se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador, o utilización por el comprador, de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y estén directamente relacionados con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes.

ninguna exención por categorías y, por consiguiente, en la medida que incluyan cláusulas restrictivas de la competencia, deberán ser objeto de un análisis individualizado al amparo del apartado 3 del art. 101 del Tratado.

En nuestro contrato de franquicia –en particular en la “franquicia industrial”-²³², el RECATT actualmente vigente, al igual que los Reglamentos precedentes ya derogados (el Reglamento 240/96 y el Reglamento 772/2004) omite cualquier referencia a este tipo de negocio jurídico. Asimismo, si bien los acuerdos de franquicia se encuentran cubiertos por el Reglamento 330/2010, la Comisión, en el apartado 33 de sus Directrices de Verticales, ha puntualizado que el Reglamento 330/2010 no se aplica a los acuerdos relativos a la cesión o licencia de un DPI para la fabricación de bienes. Así, pues en atención a la relevancia que los acuerdos de franquicia industrial tienen en determinados sectores y teniendo en cuenta que la Comisión era consciente del vacío legal existente en relación con estos acuerdos en el ámbito del extinto Reglamento 2790/99, no deja de sorprender que no se aprovechará la adopción del RECATT en el año 2004 ni la aprobación del nuevo RECATT en marzo de 2014, para incluirlos en su ámbito de aplicación y aumentar de este modo la seguridad jurídica de los operadores económicos que recurren a esta figura contractual.

D) Los denominados acuerdos de *minimis*

La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de *minimis* o “acuerdos de menor importancia”, se califica un acuerdo como de *minimis* cuando:

²³² Dicha franquicia industrial hace referencia a aquellos acuerdos en el que el franquiciador comunica al franquiciado conocimientos técnicos o know-how sobre cómo producir un bien, concediéndole paralelamente su licencia sobre sus derechos de marca.

- La cuota de mercado conjunta para empresas competidoras (reales o potenciales) no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados afectados, o cuando;
- La cuota de mercado de cada una de las empresas no competidoras no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados de referencia. Éste será, por tanto, el umbral que se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas no competidoras²³³.

Estos acuerdos, no entran en principio el ámbito de aplicación del Reglamento 330/2010, como se desprende de sus Directrices de Verticales (apartados 8-10), ya que, según la Comunicación de minimis de la Comisión están excluidas de la prohibición del art. 101.1 del Tratado y, por ello, no precisan del amparo de ninguna exención por categorías. Pero pensamos que esto no quiere decir, que un acuerdo que no supere los umbrales de la Comunicación de minimis de la Comisión sea totalmente inmune a la aplicación del art.101.1 del Tratado. Nada impide en Derecho europeo de defensa de la competencia que una autoridad o un tribunal nacional apliquen el art. 101.1 a un asunto del que estén conociendo, aunque el acuerdo analizado no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, puesto que la Comunicación de minimis no es imperativa para los Estados miembros. De todas formas, debemos señalar que la Comunicación de minimis no se aplica a las restricciones que entrañan una especial gravedad como la fijación de precios de reventa mínimos o fijos o la promoción territorial absoluta²³⁴.

²³³ *Vid.* ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Edit. Thompsom-Civitas, 2006.

²³⁴ *Cfr.*, la sentencia del TS (Sala de lo Civil. Sección 1ª), Nº 567/2009 de 30 de julio, respecto a la regla de “minimis” en los contratos de franquicia, donde el Tribunal vuelve a restringir la aplicación de la regla, en el caso de fijación directa o indirecta de precios en las franquicias de

En cuanto a la aplicación de esta normativa en el contrato de franquicia resulta relevante porque pueden determinar a validez de determinadas cláusulas contractuales o acuerdos entre franquiciador y franquiciado, siempre que se den esos requisitos cuantitativo y cualitativos que establecen los artículos 2 y 3 de RD, es, que no superen determinados umbrales de cuota de mercado relevante, y que en cualquier caso, no se trate de un acuerdo especialmente restrictivo (cláusulas negras). Respecto a este supuesto es relevante la Sentencia de 5 de abril de 2013, (REC.330/2011), de la Audiencia Provincial de Burgos, la cual declaró la validez de una cláusula de no competencia post-contractual de un año de duración referido al territorio de exclusividad, argumentando que se aplicaba la regla de minimis. La normativa comunitaria sólo permite la no competencia post-contractual desde el local desde el que se realizó la actividad ex Auto del TJUE de fecha 7 de febrero de 2013 (asunto La Retoucherie Manuela C-117/12). Y la AP de Burgos no obstante estimó que como la cuota de mercado de la red de franquicia no superaba los umbrales de las reglas de minimis, la competencia no se vería sensiblemente afectada, por lo que dicho pacto se considero ilícito.

a) Reflexiones

Como conclusión –y de acuerdo con la doctrina de BACHES OPI-, la Comisión en su Comunicación de minimis, de la que se han hecho eco los Tribunales españoles, tenía un difícil encaje en la jurisprudencia del TJCE. La Comunicación, en cuanto que es un mero instrumento informal y práctico de

la red SVENSON. Nueva interpretación judicial con la que podemos afirmar que la regla de minimis no resultará de aplicación a los contratos de franquicia cuando exista una pluralidad de contratos, la extensión geográfica de la red de franquicia sea notable, o la restricción afecte a algunas de las consideradas cláusulas negras, tales como; la fijación de precios de venta al público, la restricción del territorio o clientes a los que pueden venderse los bienes o servicios y, la restricción de comprar exclusivamente a un proveedor.

interpretación del art. 101 del Tratado, no podría en ningún caso contradecir la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios. Esta circunstancia se reconoce en el propio texto de la Comunicación donde se precisa que: “La presente Comunicación deberá entenderse sin perjuicio de las interpretaciones del art.81 que emanen del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”.

En España, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) siguió una interpretación similar a la de la Comisión al aplicar el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el art. 2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), que regulan las conductas de menor importancia, a este tipo de restricciones, y más en concreto, a un acuerdo vertical de fijación de precios fijos o mínimos de reventa²³⁵. No obstante, la CNC es más flexible que la Comisión y el TJUE, ya que, como se expone a continuación, no presume la ilegalidad de una restricción “por objeto” que haya sido calificado como de menor importancia.

En definitiva, concluimos afirmando que la normativa de *minimis* actúa en los contratos de franquicia como una autorización en bloque respecto de aquellos acuerdos que cumplen con los requisitos cuantitativos y cualitativos exigidos tanto a nivel nacional como comunitario, y que dicha normativa contribuye a la expansión de la franquicia, ya que pensamos que mejora la competitividad frente a las grandes empresas de distribución y sobre todo, facilita el desarrollo de nuevas redes de franquicias, puesto que con el establecimiento de determinadas restricciones a la competencia consigue obtener una mayor viabilidad jurídica y económica.

²³⁵ *Vid.* STIGLER, G.J., “Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)”, *RGD*, N°618, 1996, pág.2215.

E) El umbral de la cuota de mercado, su aplicación y cálculo

El Reglamento 330/2010 establece una fuerte presunción de legalidad para aquellos acuerdos verticales que entran dentro de su ámbito de aplicación. Por tanto, al igual que el Reglamento 2790/99 (y sus predecesores), el nuevo Reglamento, crea una zona de seguridad frente a la prohibición del art. 101.1 del Tratado, que se concreta en una presunción de legalidad, que, en principio, es de difícil destrucción²³⁶.

El umbral de cuota de mercado se ha mantenido –al igual que hacía el derogado Reglamento–, y así en el vigente, en concreto en su art. 3.1 declara inaplicable la prohibición del art. 101.1 del Tratado a los acuerdos verticales suscritos por operadores económicos siempre que no incluyan ninguna de las restricciones calificadas como “especialmente graves” y siempre que:

- 1) la cuota de mercado del proveedor no supere el 30 por 100 del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales, y;

²³⁶ Idea que puede encontrarse en; MARTÍN ARESTI, P., “Consideraciones sobre el umbral de cuota de mercado y la relación de competencia entre las partes como condiciones de aplicación del Reglamento (CE) N° 772/2004 sobre los acuerdos de transferencia de tecnología”, *ADI*, Tomo 25, 2004; MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, N° 122, 2000; PASCUAL VICENTE, J., “La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia”, *Anuario de la Competencia*, N°1, 2002; GALÁN CORONA, E., “Notas sobre el Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma”, *RDCE*, 15, 2003; SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Los acuerdos de transferencia de tecnología: el nuevo Reglamento 772/04 de exención por categoría”, *Cuestiones actuales de derecho mercantil Internacional* (Dir.CALVO CARAVACA / AREAL LUDEÑA), Edit. Colex, 2005; RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.

- 2) la cuota del mercado del comprador no supere el 30 por 100 del mercado de referencia en que compra los servicios o bienes contractuales.

Para calcular la cuota de mercado de uno y otro debemos determinar el “mercado de referencia” en el que cada una de esas empresas compran y venden. Así, en primer lugar deberá definirse el mercado del producto (es decir la referencia de bienes o servicios que el comprador considere como intercambiables por sus características, usos y precios), y en segundo lugar, el mercado geográfico (que abarca el área donde las empresas operan). En el caso de que, además del suministro del bien objeto del contrato, el acuerdo vertical conste también de disposiciones de derechos de propiedad intelectual, como una disposición relativa al uso de la marca del proveedor, que ayuden al comprador a comercializar el bien objeto del contrato, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien es decisiva para la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías. En caso de que un franquiciador no suministre productos para su reventa, sino que preste un conjunto de servicios combinados con disposiciones de derechos de propiedad intelectual que juntos constituyan el método comercial objeto de la franquicia, el franquiciador debe tener en cuenta su cuota de mercado como prestador de un método comercial. Y a tal efecto, el franquiciador debe calcular su cuota en el mercado en que se explote el método comercial, que no es sino el mercado en el que los franquiciadores explotan el método comercial para prestar bienes o servicios a los usuarios finales. El franquiciador debe calcular su cuota de mercado partiendo del valor de los bienes o servicios prestados por sus franquiciados en este mercado.²³⁷

²³⁷ *Vid.* BURGOS PAVÓN, G y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M^a.S., “La franquicia. Tratado práctico y jurídico”, Eds. Pirámide, Madrid, 2014, págs.193-195.

Para calcular la cuota de mercado, el art. 7 del REC, exponía las mismas, pero recientemente y tras la aprobación del Reglamento (UE) N° 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, expone esta vez en su art. 8 el cálculo de esta cuota:

A efectos de calcular los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3, se aplicarán las normas siguientes:

- a) la cuota de mercado se calculará sobre la base de los datos del valor de las ventas en el mercado; si no se dispone de datos sobre el valor de las ventas en el mercado, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, incluidos los volúmenes de ventas en el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate;*
- b) la cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente;*
- c) la cuota de mercado de las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 2, párrafo segundo, letra e), se repartirá equitativamente entre las empresas que detenten los derechos o facultades enumerados en el artículo 1, apartado 2, párrafo segundo, letra a);*
- d) la cuota de mercado de un licenciante en un mercado de referencia para los derechos de tecnología licenciados se calculará sobre la base de la presencia de los derechos de tecnología licenciados en el mercado de referencia en los que se vendan los productos contractuales, es decir sobre la base de los datos sobre ventas de los productos contractuales fabricados por su licitante y sus licenciarios combinados;*
- e) si la cuota de mercado contemplada en el artículo 3, apartados 1 o 2, no excediera inicialmente del 20 % o del 30 %, respectivamente, establecida en el artículo 2 seguiría aplicándose durante un período de*

dos años civiles consecutivos siguientes al año en que por primera vez se excediera el límite del 20 % o del 30 %.

F) Las restricciones “especialmente graves”

Además del requisito de cuota de mercado del 30 por 100, aplicable a cada una de las partes del acuerdo, el Reglamento 330/2010 establece que para que un acuerdo vertical pueda beneficiarse de la exención por categoría no debe incluir ninguna de las restricciones calificadas bajo el Reglamento 330/2010 como de “especialmente graves”. Éstas son las restricciones de la “lista negra” o también llamadas “hard core restrictions”. Asimismo, el Reglamento 330/2010 incluye una serie de condiciones relativas a las cláusulas de no competencia, cuyo incumplimiento determina la no aplicación de la exención por categorías a dichas cláusulas, pero el resto del acuerdo puede seguir beneficiándose de la exención”²³⁸.

²³⁸ *Vid.* en este sentido las reflexiones que hacen sobre el tema; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas”, *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, (Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), Edit. Lex Nova, 2005; BACHES OPI, S. /RODRÍGUEZ ENCINAS, A., “El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología”, *RDM*, Nº 205, 2005; MARTÍN ARRESTI, P., “El control sobre los acuerdos de transferencia de tecnología: el Reglamento Nº772/04”, *DN*, Nº184, 2006; MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho comunitario: acuerdos verticales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº18, 2007; COSTAS COMESAÑA, J., “El Reglamento CE 1/2003: de la prohibición con autorización previa centralizada a la excepción legal directamente aplicable y descentralizada de arts. 81 y 82 del Tratado CE”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2002, Nº 22, págs. 1179-1203; ORTUÑO BAEZA, M.T., “Acuerdos verticales y derecho de la competencia: comentarios al Reglamento 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 de el Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 204, 2002; entre otros.

El Reglamento 330/2010 enumera, en su art. 4, cinco restricciones “especialmente graves”, que conlleva la exclusión de la totalidad del acuerdo del beneficio de la exención, incluso si las respectivas cuotas de mercado del proveedor y del comprador son inferiores al umbral de cuota de mercado del 30 por 100. Se trata de restricciones que la Comisión ha calificado como “muy graves” (esencialmente la fijación vertical de precios fijos o mínimos de reventa y la protección territorial absoluta) y, por ello, se les niega la presunción de legalidad que proporciona el paraguas de la exención por categorías. En el caso de estos acuerdos, la probabilidad de que las partes sean sancionadas por el incumplimiento del art. 101.1 es, en la práctica, significativa.

G) Restricciones en las cláusulas de no competencia

El art. 1, letra d) del Reglamento contiene una definición amplia de lo que se entiende en Derecho europeo de defensa de la competencia por “cláusula de no competencia”: “... cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor, o cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente.”

Por tanto, la inclusión de una cláusula por la que el comprador se obliga, por ejemplo, a adquirir el 85 por 100 de sus compras de los bienes contractuales y de sus sustitutos (calculadas sobre el valor de sus compras el año natural precedente) no significa que este último no pueda adquirir productos competidores. En este caso, si sus necesidades en el año en curso son superiores a las compras del año anterior, nada impediría que se suministre con bienes

competidores sin incumplir sus compromisos contractuales. Asimismo, algunos autores²³⁹, han destacado que el umbral del 80 por 100 se calcula sobre los bienes contractuales y sus sustitutos, por lo que cuando un comprador sólo se compromete a adquirir el 100 por 100 de los “productos contractuales”, pero sigue estando facultado para adquirir productos competidores, la obligación del distribuidor de adquirir el 100 por 100 de los productos contractuales no constituye una obligación de no competencia en el sentido del Reglamento 330/2010, siempre y cuando sus compras de productos competidores representen al menos un 20 por 100 de sus compras totales del producto contractual y de los productos competidores.²⁴⁰ Por el contrario, una cláusula será calificada como de no competencia en aquellos en los que el comprador se compromete a adquirir al proveedor el 100 por 100 de los productos contractuales y sus sustitutos, aunque el comprador fabrique él mismo una cantidad del producto y aunque dicha cantidad fabricada por él mismo represente el 20 por 100 o más del total de sus compras de los bienes y servicios objetos del contrato y sus sustitutos durante el año precedente²⁴¹.

H) La permanencia en el tiempo de las cláusulas de no competencia

Los acuerdos con una cláusula de no competencia –en virtud del art. 5 del citado Reglamento–, están exentos siempre y cuando el contrato de distribución en el que se incluya dicha cláusula no contenga ninguna de las restricciones calificadas como de especialmente graves (ejemplo, un acuerdo de fijación vertical

²³⁹ Vid. WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F. y VANDERELST, A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006.

²⁴⁰ Vid. BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia, ...op. cit.*, pág. 314 y ss.

de precios fijos o mínimos de reventa o una exclusiva territorial absoluta) y, adicionalmente, siempre que su duración no excede 5 años y la cuota de mercado del proveedor y del comprador en el mercado relevante no exceda del 30 por 100.

Tenemos que señalar que el ordenamiento jurídico comunitario establece varias excepciones a esta limitación de los 5 años. Por un lado el propio precepto –art.5 del Reglamento-, contempla dos situaciones en la que la cláusula de no competencia puede aplicarse durante toda la duración del contrato aunque su duración sea superior a cinco años. Por otro lado, en sus Directrices de Verticales, la Comisión introdujo por vía de la interpretación del citado artículo una tercera excepción a dicha limitación temporal en relación con los contratos de franquicia y los acuerdos de distribución exclusiva, siempre y cuando éstos no produzcan un efecto de cierre significativo del mercado para los proveedores competidores. El límite de los cinco años no se aplicará cuando los productos o servicios sean comercializados por el comprador desde “locales o terrenos” propiedad del proveedor o arrendados al proveedor por terceras partes no vinculadas al comprador, y siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales o terrenos por el comprador. Por analogía, se aplican los mismos principios cuando el comprador opera desde un establecimiento móvil propiedad del proveedor o alquilado por éste a terceros no relacionados con el comprado.

De acuerdo con el art. 5 del Reglamento 330/2010, los acuerdos con una cláusula de no competencia están exentos siempre y cuando el contrato de distribución en el que se incluya dicha cláusula no contenga ninguna de las restricciones calificadas como de especialmente graves. Si hacemos una interpretación de lo dispuesto en el art. 5 implicaría que un franquiciador no podría acordar con sus franquiciados una cláusula de no competencia durante toda la vigencia del contrato, y tendría que limitarla a cinco años. Indudablemente esta normativa produjo la crítica de muchas cadenas de franquicias cuando fue

introducida por el derogado Reglamento 2790/99, por considerarla incompatible y ajena a la realidad, sobre todo de este tipo de contratos.

Efectivamente, un acuerdo de franquicia conlleva el otorgamiento de una licencia de derechos de propiedad industrial – la mayoría de las veces mediante la transmisión del know-how o incluso, de la propia marca-, por parte del franquiciador al franquiciado, de dicha forma éste podrá distribuir y comercializar los bienes o servicios objeto del contrato, ahora bien, en todo momento siguiendo las indicaciones del franquiciador y dentro de los estándares de reputación, calidad e imagen que él mismo ha diseñado²⁴². Deducimos de esta forma que la franquicia es un sistema especialmente apto para la distribución de una sola marca –o de varias de un mismo fabricante-, y la creación de una reputación e imagen entre los franquiciados que pertenecen a la red de franquicia.

Tanto para el franquiciador como para el franquiciado, la aplicación de una limitación de cinco años a la limitación de la cláusula de no competencia, se presupone onerosa, debido a los conocimientos técnicos y a la concesión de una marca por parte del franquiciador, y por lo tanto, puede ser complicado que se encuentre un proveedor dispuesto a ceder su marca, a invertir en la difusión de la misma –con lo que ello conlleva-, para que al cabo de los cinco años tenga que renegociar buena parte de los contratos con los franquiciados pertenecientes a su red de franquicia, y cuyos contratos lleguen a esa duración. El problema que se plantearía es evidente, los franquiciados transcurrido dicho periodo de tiempo, podrían utilizar las técnicas de comercialización transmitidas, incluso otros productos competidores desde los mismos locales en los que ya comercializaba

²⁴² *Vid.* la definición de “actividad en régimen de franquicia” recogida en el art, 2 de RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de franquiciadores (BOE N° 63, de 13 de marzo de 2010, pág.25037).

los productos del franquiciador, y todo ello sin perjuicio de que los nuevos productos pudiesen beneficiarse indirectamente del prestigio de la marca.

Ante estos hechos, la Comisión Europea se mostró receptiva a tan numerosas críticas –por los potenciales problemas comentados, que fácilmente se podrían presentar-, e indicó que las cláusulas de no competencia durante toda la vida del contrato, escaparían a la prohibición del art. 101 –práctica que se ha mantenido en las actuales Directrices de Verticales, en concreto en el apartado 190 de las mismas-. Esta técnica legislativa empleada por la Comisión Europea para mitigar el tenor del art.5 del Reglamento no parece la más adecuada, ya que no establece ninguna excepción para los contratos de franquicia a la aplicación de cinco años como condición para que una cláusula de no competencia pueda beneficiarse de la exención por categorías. Por consiguiente, los principios de transparencia y de seguridad jurídica habrían aconsejado que la Comisión hubiera introducido una excepción en el propio Reglamento 330/2010 para este tipo de contratos de distribución y no meramente una exégesis administrativa que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no vincula a los Tribunales comunitarios de Luxemburgo o a los Tribunales nacionales, ni tampoco a las autoridades de competencia de los Estados miembros.

l) Restricciones de confidencialidad

Las prohibiciones de divulgar u obligación de secreto, tan bien llamadas, cláusulas confidencialidad, son aquellas en virtud de la cual el franquiciado se obliga respecto al franquiciador a no revelar a terceros los DPI puestos en su conocimiento tras la celebración del contrato de franquicia, en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público. La importancia de esta cláusula en el ámbito de la franquicia es tal, que parece razonable concluir, dado el carácter reservado del know-how –esencial por naturaleza en el mismo-, que esta obligación sería exigible, fuera del ámbito concurrencial, incluso

en el supuesto de que no se hubiera recogido expresamente la cláusula en el contrato en virtud de la obligación general de buena fe²⁴³.

El franquiciado no sólo tiene la obligación de guardar el secreto sino también, adoptar cuantas medidas fueran necesarias para evitar que terceros puedan apoderarse del mismo. Para asegurar el respecto a los “conocimientos técnicos” del franquiciador que transmite el franquiciado a sus empleados o asociados suele imponérsele en el propio contrato la obligación de hacer firmar a todas las personas que entren en contacto con la utilización know-how transmitido un acuerdo de confidencialidad.

No obstante, conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, por una parte, la obligación de guardar de secreto de los trabajadores se incluye dentro de los deberes de los trabajadores que establece el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y, por otra, la existencia de una norma que se encarga de declarar como acto de competencia desleal la violación de secretos, artículo 13 de la Ley de competencia desleal, en virtud del cual se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular

²⁴³ *Vid.* TOBÍO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 18, 1997; SOLER MASOTA, P., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria”, *Revista general de derecho*, Nº 658-659, 1999; ALFARO ÁGUILA- REAL, J., “Autorizar lo que esta prohibid: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *GJ*, Nº 229, 2004.

del secreto o cuando haya mediado inducción a la infracción contractual. Asimismo tendrán la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

Por ello, el franquiciado también es responsable de la divulgación del know-how que pueda haber sido realizada por un miembro de su personal o de sus asociados, tanto durante la vigencia de su relación, como incluso después, siempre y cuando éste siga manteniendo su condición de reservado.

Sólo tiene sentido establecer obligación de confidencialidad respecto a las cuestiones cubiertas por el secreto empresarial, pero no respecto a aquellos extremos relativos a la actividad objeto de la franquicia que, como cualquier otra actividad empresarial no tutelada específicamente por el ordenamiento, deben estar sometidas a la regla de libre imitación en beneficio de una rápida difusión de iniciativas eficientes en el mercado en beneficio de los consumidores y de la economía en general.

7. LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DONDE SE MODIFICA EL ART.22 DE LA LDC

Debemos significar que con la nueva LEC, Ley 1/2000²⁴⁴, se modifica el artículo 22 de la LDC estableciendo que los procedimientos se tramitarán conforme a las normas establecidas para el procedimiento ordinario. Igualmente con la nueva Ley queda modificado el resto del Capítulo IV de la LDC (arts. 32 a 36)²⁴⁵, y en cuanto al orden de la competencia, se establece a favor del Tribunal

²⁴⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el «BOE» Nº 7, de 8 de enero de 2000 (Referencia: BOE-A-2000-323).

²⁴⁵ Artículo 36. Diligencias preliminares:

del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el del lugar de su domicilio o residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal donde haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzca sus efectos, a elección del demandante.

En el seno de la regulación procesal de las medidas de defensa contra la competencia desleal, cobra especial importancia la regulación de las medidas cautelares. Sin las mismas podríamos llegar a la situación de que se pierda el objeto material de proceso, que sea inexistente la justicia material, incluso porque su ausencia puede provocar u ocasionar la crisis económica de la empresa perjudicada que haga inviable su acción por no poder superar el daño ya producido, y ello a pesar de la loable modificación procesal en la nueva LEC de las normas de ejecución de las resoluciones judiciales estableciendo como norma el principio de ejecutividad provisional de las resoluciones recurridas²⁴⁶. En cuanto al

1. Quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio.

2. Tales diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa.

²⁴⁶ De la ejecución provisional de resoluciones judiciales: CAPÍTULO I. De la ejecución provisional: disposiciones generales.

a) Artículo 524. Ejecución provisional: demanda y contenido: 1. La ejecución provisional se instará por demanda o simple solicitud, según lo dispuesto en el artículo 549 de la presente ley. 2. La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia. 3. En la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria. 4. Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias

que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos. 5. La ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrá carácter preferente.

- b) Artículo 525. Sentencias no provisionalmente ejecutables: *No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: 1.ª Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. 2.ª Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. 3.ª Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España.*

No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

CAPÍTULO II De la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia.

Sección 1.ª De la ejecución provisional y de la oposición a ella.

- c) Artículo 526. Ejecución provisional de las sentencias de condena en primera instancia. Legitimación. *Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes.*
- d) Artículo 527. Solicitud de ejecución provisional, despacho de ésta y recursos. 1. *La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación, o en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste. 2. Cuando se solicite la ejecución provisional después de haberse remitido los autos al Tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de este testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud. Si la ejecución provisional se hubiere solicitado antes de la remisión de los autos a que se refiere el párrafo anterior, el Secretario judicial expedirá el testimonio antes de hacer la remisión. 3. Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se*

tipo de medidas a adoptar en concreto, el artículo 727.7 de la LEC²⁴⁷, establece un régimen abierto, permitiendo todas aquellas que sean pertinentes.

tratare de sentencia comprendida en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante. 4. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con carácter preferente. Contra el auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

²⁴⁷ Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 1.^a El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado. 2.^a La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer. 3.^a El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado. 4.^a La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga. 5.^a La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos. 6.^a Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. 7.^a La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad ; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta ; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo. 8.^a La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual. 9.^a El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción. 10.^a La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario

SECCIÓN XII.- LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

1. LA LEY DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA

Y, naturalmente, sin perjuicio de que nuestra intención no sea hacer un estudio del desarrollo Legislativo de la figura, debe citarse la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley que tiene por objetivo la protección del consumidores y usuarios, y regular un sistema de distribución que ha de ser eficiente, el cual permita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución. Para alcanzar este objetivo es preciso, señala la Exposición de Motivos de la Ley;

“Que además de establecer las reglas del juego en el sector de la distribución y regulación de normas contractuales, ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, a que el mercado garantiza la optima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia”.

Conviene destacar como pone de relieve esta Exposición de Motivos de la citada Ley *“el entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos”* lo que conllevará que los distintos aspectos de la regulación deban tener un grado de aplicación diverso, tal como se especifica en la disposición final única de la Ley.”

oficial. 11. ^a Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

Todo ello lo ha puesto de relieve reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁴⁸.

2. EL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA

Inspirándose en los modelos normativos de los Estados Unidos²⁴⁹ y particularmente de Francia²⁵⁰, el Comité de expertos nombrado por la Asociación Española de Franquiciadores²⁵¹, se dio cuenta rápidamente de que la transparencia y el prestigio que necesita este sector pasaba, entre otras iniciativas, por la de promover urgentemente una regulación legal, siquiera mínima, sobre el contrato de franquicia y muy especialmente sobre los requisitos exigidos para poder ser considerado como Empresario-Franquiciador imposibilitando de ese modo la proliferación de falsas franquicias y de especuladores, cuando no estafadores, que se venían produciendo y que pongan claramente en peligro la continuidad de esta actividad. Fruto de esta iniciativa ha sido la inclusión en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, dedicando un capítulo, el VI, (dentro del

²⁴⁸ Como por ejemplo la Sentencia 88/1996 del Tribunal Constitucional en relación con el establecimiento de comercios.

²⁴⁹ La Full Disclosure Act de 21 de Octubre de 1979 y otras disposiciones promulgadas por los distintos estados norteamericanos.

²⁵⁰ La ley de 31 de Diciembre de 1989 (conocida como la Ley Doubin por el ministro de comercio de Francia que la promovió) y Decreto de desarrollo de la Ley de 4 de Abril de 1991.

²⁵¹ La inclusión de la normativa sobre franquicia contenida en la nueva Ley de Ordenación del Comercio que fue promovida por la Asociación Española de Franquiciadores que designó un Comité de expertos encargados de elaborar la propuesta que después ha servido de base para la elaboración de esta Ley.

Título III) a la *“actividad comercial en régimen de franquicia”*²⁵², conformado por un solo precepto, el art. 62.

Dicho artículo constaba en un principio (y finalmente, tras la actual Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que como observaremos más adelante vino a reformular este artículo) de tres párrafos:

En el *primero de los párrafos*, se define la actividad comercial en régimen de franquicia, la cual hasta ahora no presentaba hasta la fecha de promulgación de esta Ley ninguna polémica, ya que la citada definición del Reglamento de la CEE 4087/1988 de directa aplicación en el Ordenamiento Español²⁵³, era la única definición posible.

A) Problemas negociables previstos en la ley

Pero a partir de ahora surgirán los problemas ya que la definición de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, a través de su Capítulo VI y más concretamente a través del artículo 62 define dicha actividad comercial en régimen de franquicia, como aquella que se lleve a efecto en virtud de acuerdos o de contratos por los que la empresa franquiciadora cede a la franquiciada, *“el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”*.

²⁵² La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

²⁵³ *Cfr.* el Reglamento de la CEE 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia ya citado en el presente trabajo.

Serán las partes las que, a partir de esta definición, fijen el contenido contractual que, de una manera muy general será como sigue: el franquiciador asumirá la obligación de permitir que el franquiciado use sus signos distintivos; le prestará asistencia técnica que facilitará su sistema de comercialización, para lo que le comunicará el know-how²⁵⁴ o secreto industrial; suministrará los productos (en el caso de que se trate de bienes) o los elementos que sean necesarios emplear para la prestación de los servicios a que el contrato se refiera; mantendrá un esfuerzo de promoción y de publicidad de los productos que están tutelados por los signos distintivos, actividad promocional que redundará directamente en beneficio del franquiciado e indirectamente en su propio beneficio; respetará los pactos de exclusiva y supervisará y controlará el respeto a las técnicas comerciales que se hayan establecido y que serán las suyas propias.

B) Carácter imperativo de las obligaciones contraídas

Por su parte el franquiciado asumirá otra serie de obligaciones de igual importancia que el anterior; siendo la primera de ellas el pago del canon o compensación económica que puede establecerse con carácter general y que,

²⁵⁴ El Know-how o saber-hacer es el elemento que diferencia a la franquicia de otras fórmulas de asociacionismo comercial. Este saber-hacer lo componen un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, que permite al franquiciador transmitir al franquiciado la filosofía corporativa de su empresa, base de su éxito empresarial. Para cualquier empresa crear unas bases de identidad es la base fundamental de su negocio, ahora bien, para una franquicia es indispensable desarrollar un concepto de negocio de éxito, verificarlo, probarlo en la práctica, describirlo y recogerlo en soportes que nos permitan su trasmisión a terceros, Nada de lo mencionado puede quedar en manos de la improvisación. Este Know-how que transmite el franquiciador al franquiciado debe provenir de la propia experiencia y haber sido verificado por él; debe ser sustancial, provechoso para obtener una posición competitiva e identificado como tal, debe estar protegido, esto es, deber ser secreto para el resto del ámbito empresarial. Su acceso deber ser difícil, de tal forma que, exceptuando a las personas que pertenezcan a la red, no se conozca su totalidad.

habitualmente, consiste en una cantidad inicial más elevada, que recibe el nombre de *franchisee fee*, para, posteriormente, abonar una cantidad que sea proporcional a las ventas que se llevan a cabo, conocida con el nombre de royalties²⁵⁵ de ahí el especial interés del contrato en las transferencias de tecnología o cuando se trata de situaciones con participación de sociedades no nacionales.

También asume el franquiciado otras obligaciones que de no cumplirse afectarían a la consideración de mercado o reputación del franquiciador: por ello debe respetar su imagen y aplicar los sistemas de comercialización que se hayan pactado (y que como hemos dicho son los sugeridos o propuestos por el franquiciador) u observar las instrucciones que éste le haga (que no sólo vendrán referidas a las técnicas de comercialización, sistema de publicidad, etc., sino incluso a los precios de los productos y su fijación -quizás máxima o mínima-) y suministrarle información periódica sobre las ventas y la situación del mercado. El franquiciado tiene la obligación de disponer permanentemente de un stock de los productos objeto de la franquicia. Por último cabe citar como una obligación, que puede ser de ambas partes, la de respetar los pactos de exclusiva que, por lo que se refiere al franquiciado, siempre existen porque es consustancial a la franquicia, pacto de exclusiva que se completa con la posibilidad de utilizar los signos distintivos del franquiciador por parte del franquiciado²⁵⁶.

²⁵⁵ Royalty son las cantidades que el franquiciado se compromete a pagar periódicamente al franquiciador por el hecho de utilizar su sistema de negocio. Puede ser una cantidad fija mensual, porcentaje sobre las compras o un porcentaje sobre las ventas realizadas, en algunos casos incluso no existe esa aportación monetaria.

²⁵⁶ Precisamente en el pacto de exclusiva que asume éste, radica el matiz diferenciador del franchising con el simple contrato de concesión comercial ordinaria (aunque en él quepan también algún tipo de pacto de exclusiva).

El ya citado Reglamento de la CEE 4087/88 define también las obligaciones restrictivas de competencia que puedan estar comprendidas en los acuerdos de franquicia, como la del caso de la concesión de un territorio exclusivo a los franquiciados, en combinación con la prohibición de buscar activamente clientes fuera de dicho territorio que les ha sido atribuido.

C) Transparencia entre las partes contratantes

Siguiendo con la evolución legislativa, con la aparición en enero, *de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista* (posteriormente estudiaremos su última modificación), se sentarían las bases de lo que, en un futuro inmediato, deberá constituir un imprescindible marco de transparencia en las relaciones entre el franquiciador y sus futuros franquiciados, especialmente en cuanto se refiere a la posibilidad de que el futuro franquiciado obtenga con carácter previo a su incorporación a una red de franquicia, información suficiente con la que sopesar la conveniencia de tan importante paso.

La aprobación del Reglamento de desarrollo del artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista deberá coordinar el proceso iniciado en búsqueda de dicha transparencia. El primer paso dado en busca de esa transparencia a través del citado artículo, supone la obligación al franquiciador de una doble obligación. Por una parte, la de inscribirse en los Registros que pueda crearse por las Administraciones competentes²⁵⁷.

²⁵⁷ En desarrollo de esta referencia legal (aunque en realidad, diciendo más de lo que la Ley dice) el R.D. 2485/1998 crea un nuevo Registro, de carácter central, que depende de la Secretaría de Estado de Comercio Interior del Ministerio de Economía (art.5). De carácter público y naturaleza administrativa, el Registro se crea "a los solos efectos de información y publicidad" y tiene por objeto la inscripción de las empresas que pretendan desarrollar la actividad de franquicia en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (que serán la inmensa mayoría)

Por otra, la de facilitar a sus futuros franquiciados, con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o del precontrato, o a la entrega de cualquier cantidad por parte del franquiciado, la información necesaria para que éste pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia.

El mismo artículo establece cuáles son los aspectos sobre los que debe versar la información a facilitar al franquiciado y que abarcará, necesariamente, los datos de identificación del franquiciador, la descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, el contenido y características de la franquicia y de su explotación, la estructura y extensión de la red y los cimientos esenciales del acuerdo de franquicia (sobre el cual más adelante especificaremos). El carácter imperativo de las obligaciones impuestas al franquiciador en el art.62 ve reforzado mediante la calificación de su incumplimiento como infracción y la imposición de la correspondiente sanción.²⁵⁸

El Reglamento de Desarrollo del artículo 62 de La Ley de Ordenación del Comercio Minorista procederá a crear, en dependencia del Ministerio de Comercio, el Registro Central de Franquiciadores, en el que deberán registrarse los franquiciadores que ejerzan la actividad de cesión de franquicias como España.

o se trate de franquiciadores extranjeros que no tengan su domicilio en España (en cuyo caso puedan presentar directamente su solicitud de inscripción) (art. 5.2 y 3 R.D 2485/1998).

²⁵⁸ A tal efecto, el artículo 65.l.r de La Ley definía como infracción grave “el incumplimiento por parte de quienes otorguen contrato de franquicia de la obligación de inscripción en el Registro a que se refiere el artículo 62.2 y el artículo 68 establece, para las sanciones graves, multas desde 3000 euros a 15.000 euros (artículo totalmente reformado como veremos más adelante), convertidas ya las cantidades expresadas en pesetas en el texto original. Por su parte, el artículo 64.h. califica como infracción leve “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que nos sean objeto de sanción específica”.

Tal Registro funcionará paralelamente a aquellos que, para el ámbito de sus respectivos territorios, puedan crear las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, el Reglamento de Desarrollo del citado artículo establecerá el contenido mínimo de la información que el franquiciador debe, necesariamente, facilitar a sus futuros franquiciados con veinte días de antelación²⁵⁹ a la firma de cualquier documento contractual o a la entrega de cualquier cantidad de dinero por parte de estos últimos. Tal información deberá ser entregada por escrito y cumplir con los requisitos de “veraz” y “no engañosa”, para permitir al franquiciado decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red (tal y como exige la Ley).

Esta Ley, 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, estableció asimismo un marco legal de mínimos en el sector de la distribución y se dictó teniendo muy presente el reto que supone el constante proceso de modernización de la economía y la necesidad de que la regulación en este ámbito se adecue a la realidad de los mercados.

Los nuevos imperativos derivados de la creciente construcción del mercado interior hicieron preciso modificar la legislación estatal en materia de ordenación

²⁵⁹ Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia, y en especial los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de la franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicia.

del comercio minorista para adaptarla a la nueva normativa comunitaria²⁶⁰. Asimismo, era preciso considerar a la hora de regular el comercio, las nuevas demandas de los consumidores y los cambios en las pautas y hábitos de consumo de la población, fruto de un nuevo modelo sociocultural, así como las preferencias de los consumidores en relación con los distintos formatos, enseñas comerciales y modalidades de venta. Luego con la nueva regulación de esta Ley, se inspiró el tan ansiado principio de libertad de empresa, el cual venía a tener por finalidad, la de facilitar el libre establecimiento de servicios de distribución comercial y su ejercicio, a través de los diferentes formatos comerciales, garantizando que las necesidades de los consumidores fueran satisfechas adecuadamente.

El pequeño y mediano comercio junto con los grandes establecimientos comerciales debían de desarrollarse en régimen de libre competencia, para que este sector mantuviese su papel fundamental como motor económico en un contexto de continuos cambios provocados por los avances tecnológicos, la mayor movilidad ciudadana y el deterioro del medio ambiente, entre otros factores. Y asimismo, la ordenación comercial tomará como punto de partida la necesidad de que en el ámbito de la distribución se respete y garantice la libre competencia entre los distintos operadores comerciales en el contexto de una economía de mercado.

²⁶⁰ La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, transpone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que impone a los Estados miembros la obligación de eliminar todas las trabas jurídicas y barreras administrativas injustificadas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios que se contemplan en los artículos 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), respectivamente.

D) Inscripciones en el registro de franquiciadores

Observamos en la nueva Ley como se simplifica y actualiza la regulación de las inscripciones en el Registro de Ventas a Distancia y el Registro de Franquiciadores.²⁶¹ Además se producen una serie de modificaciones como son: la sustitución de la inscripción en dichos registros, por una obligación de comunicación a posteriori de la actividad que se realiza, se modifica la regulación contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, en materia de infracciones y sanciones. La competencia en materia de inspección y sanción corresponde a las Comunidades Autónomas y la ley parte del pleno respeto a las competencias autonómicas en esta materia.

E) Normativa sancionadora

El objetivo de esta nueva regulación es patente, trata de adecuar la cuantía de las sanciones a la realidad económica del momento, e introducir un nuevo criterio, relativo a la capacidad o solvencia económica de la empresa, que, junto con los ya contemplados en la ley, ayude a una graduación de las sanciones que tenga en cuenta las características de la empresa infractora a efectos de la repercusión de la infracción cometida en el sector de la distribución comercial, de modo que las sanciones produzcan efectivamente el efecto disuasorio y represivo que persiguen.²⁶²

²⁶¹ Que existen con carácter informativo en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, como medidas de política administrativa correspondientes a la disciplina de mercado y dirigidos a la protección del consumidor, tal y como declaró la sentencia 124/2003, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional.

²⁶² Apartados 1, 2 y 3 del artículo 68 quedan redactados del siguiente modo: «1. *Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.000 euros hasta 900.000 euros.* 2. *Las infracciones graves se sancionarán con multa de 6.000 euros a 30.000 euros.* 3. *Las infracciones leves se sancionarán con multa de hasta 6.000 euros.*».

Y por último se produce una nueva redacción del Artículo 2 de la Ley actual, haciendo referencia y modificando los plazos de aviso de inicio de su actividad en el plazo de tres meses²⁶³.

Posteriormente, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas. Y del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente²⁶⁴.

²⁶³ La modificación del apartado 2 del artículo 62 queda redactado de manera textual como sigue, *“las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan. Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio.”*

²⁶⁴ Afirma la *Sentencia del TS de 9 de marzo de 2009* que el art. 62.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no hace más que definir el contrato, y en el desarrollo que realizó el derogado Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, no se contienen ninguna regulación del contrato, sino que desarrollan la obligación precontractual de pre información, el deber de confidencialidad del franquiciado y el Registro. Por ello afirma que debe considerarse que en España, la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal, lo que ha generado que, al igual que en Francia, que la Asociación Española de Franquiciadores se haya dotado de un Código Deontológico, que no tiene efectos imperativos.

SECCIÓN XIII.- NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FRANQUICIA

1. REAL DECRETO 201/2010, DE 26 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN RÉGIMEN DE FRANQUICIA Y LA COMUNICACIÓN DE DATOS AL REGISTRO DE FRANQUICIADORES

Tras la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre)²⁶⁵, y su consecuente incorporación a nuestro Derecho patrio, con un fin primordial; alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros, esto es, el de racionalizar, simplificar y omitir barreras innecesarias en el acceso y prestación de servicios, ha conllevado cambios legislativos en el sector de la distribución comercial. El primero de ellos es la ya citada aprobación de la Ley 1/2010, de 1 de marzo²⁶⁶, de reforma de la Ley

²⁶⁵ Diario de la Union Europea de 27 de diciembre de 2006.

²⁶⁶ Dicha Ley que adapta la regulación comercial minorista a lo establecido por la Directiva 2006/123/CE, e incrementa a su vez el valor que genera la distribución comercial mediante la liberalización de la prestación de los servicios y la supresión de cargas para la empresa. Sus principales modificaciones van referidas a modificar; con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales ya no estará sujeta a régimen de autorización comercial, no obstante, las autoridades competentes podrán establecer un régimen de autorización administrativa para la instalación de establecimientos comerciales cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general; esta regulación del procedimiento de autorización se remite a la normativa de las Comunidades Autónomas; otra de las novedades a resaltar es que se simplifica y actualiza la regulación de las inscripciones en el Registro de Ventas a Distancia y el Registro de Franquiciadores, la inscripción en dichos registros se sustituye por una obligación de comunicación a posteriori de la actividad que va a realizar; en otro orden de modificaciones se va adicionar un apartado 5 al artículo 63, "obligando a las personas o las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que dispongan de información, a colaborar con las autoridades competentes en materia de ordenación del comercio, a esclarecer las

7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista²⁶⁷, que, a su vez, ha derivado en la publicación del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero (BOE

infracciones”; igualmente se añade un nuevo apartado al artículo 65.1, considerándose como infracción grave: “Cursar información errónea o claramente insuficiente cuando ésta haya sido solicitada de conformidad con la normativa de aplicación y tenga carácter esencial, se generen graves daños o exista intencionalidad”; y por último como señala su nueva disposición adicional undécima, “a los efectos de aplicación de las normas contempladas por la Directiva Europea 2006/123/CE y con el fin de eliminar barreras administrativas en la prestación de servicios, y dadas las circunstancias especiales del sector y de otros que se recogen en el informe sobre problemática de los contratos de distribución de marzo de 2009 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que ha elaborado el Gobierno, éste procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial”.

²⁶⁷ La Ley 7/1996, de 15 de enero, del Comercio minorista –publicada en el BOE, el 17 de enero de 1996-, sufrió las siguientes modificaciones; modificada por Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; modificada por LEY 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias; las resoluciones dictadas Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2003, de 19 de junio, declara inconstitucionales y nulos los arts. 37 y 53; y art. 6.2. si se entiende referido a las licencias comerciales específicas para grandes establecimiento cuando su instalación en la zona de que se trate pueda alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico; modificados arts. 17 y DT 2ª por Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; derogados arts. 48 y 65.1, n) y ñ) y la DA 1ª y en la DF única las menciones que se realizan al art. 48 y DA 1ª RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; su Art. 64 modificado por Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; modificados los artículos 18, 22, 23 y 32 por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios; modificados arts. 2, 6, 28.1, 38.2, 49.2, 50, 54, 62.2, 63.5, 65.1, 68.1, 2 y 3, 69, DF única, derogado art. 7 y se añadidas DA 7ª, DA 8ª, DA 9ª, DA 10ª y DA 11ª Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma; modificados arts. 18, 20, 25, 26, 27, 28, 31 por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; modificados arts. 2, 10, 20, 38, y 56 y derogados arts. 39 a 48 por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto

de 13 de marzo de 2010), que deroga el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, y el Real Decreto 419/2006, de 7 de abril.

A) Marco conceptual de novedades

Pero la más importante, y la que constituye la mayor novedad normativa a este respecto, es la nueva regulación del ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de franquiciadores, contenida en el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero²⁶⁸ y cuyas novedades más relevante pasamos a exponer; la primera de ellas, reside en la sustitución de la previa inscripción en el Registro de franquiciadores por la obligación de comunicación a posteriori de la actividad que se realiza²⁶⁹, ya no resulta preciso

refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y; modificado el art. 6 por Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

²⁶⁸ Cuyo principal objeto y fin, viene referenciado en su art. 1, consistente en el establecimiento de las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y a la vez, la regulación del funcionamiento y la organización del nuevo registro de franquiciadores –que ya fue previsto en la reformada Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en concreto en su artículo 62.

²⁶⁹ Artículo 5.3: “Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de cesión de franquicia deberán comunicar sus datos, en el plazo de 3 meses desde el inicio de la actividad, o bien al registro de la comunidad autónoma donde prevean iniciar sus actividades, o cuando la comunidad autónoma no establezca la necesidad de comunicación de datos a la misma, al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a efectos informativos. La comunicación al registro de franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad. La falta de comunicación de datos transcurrido el citado plazo conllevará la correspondiente sanción, de conformidad con el régimen sancionador previsto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y demás legislación aplicable.

Artículo 5.4: Quedan exentos de la obligación de comunicación de datos al Registro, los franquiciadores establecidos en otros Estados Miembros de la Unión Europea que operen en

inscribir la actividad de franquicia con carácter previo a su inicio, sino que a quien desee desarrollar en España la actividad como franquiciador le bastará con comunicar sus datos al Registro en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad de que se trate, lo que redundará en beneficio de la agilidad de la tramitación. Sin embargo, este Real Decreto sí que prevé que la falta de comunicación en el plazo previsto conllevará una sanción que podría, incluso, consistir en la baja automática a las empresas que incumplan con este deber²⁷⁰.

régimen de libre prestación, sin establecimiento permanente en España. En este caso, la única obligación para el prestador consistirá en comunicar el inicio de sus actividades en España al registro, a través de la comunidad autónoma donde tenga previsto comenzar su prestación. En defecto de registro autonómico, la precitada comunicación de inicio de actividad deberá dirigirse al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”.

²⁷⁰ Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, art. 62.2: “Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan. Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio”.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas. Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

- Art. 63.5: *Las personas y las entidades de cualquier naturaleza jurídica que dispongan o tengan el deber jurídico de disponer de información o documentación que pudiera contribuir al esclarecimiento de la comisión de infracciones tipificadas en esta ley o a la determinación del alcance y/o de la gravedad de las mismas, tienen el deber de colaborar con las autoridades competentes en materia de ordenación del comercio. A tal efecto, dentro de los plazos establecidos, deberán facilitar la información y los documentos que les sean requeridos por la inspección en el ejercicio de sus funciones.*

Estas comunicaciones podrán realizarse -esta vez sí potestativamente-, al registro de la Comunidad Autónoma, únicamente a efectos informativos, y en el lugar donde el prestador tenga previsto el inicio de sus actividades, o deberán acudir al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuando la Comunidad Autónoma no exija la necesidad de comunicación de datos en la misma.

B) Operatividad del franquiciador extranjero

Otra salvedad es que para el caso de los franquiciadores establecidos en otros Estados Miembros de la Unión Europea que operen en régimen de libre prestación, sin que tengan un establecimiento permanente en España, su

-
- Art. 65.1: *a) Ejercer una actividad comercial sin previa autorización en el caso de que ésta fuera preceptiva, o sin haber realizado la comunicación en plazo al Registro de ventas a distancia, o no realizar las comunicaciones o notificaciones a la administración comercial exigidas por la normativa vigente ...*

r) El incumplimiento por parte de quienes otorguen el contrato de franquicia de la obligación de comunicación del inicio de actividad al Registro de Franquiciadores en el plazo a que se refiere el artículo 62.2, así como la falta de actualización de los datos que con carácter anual deben realizar.

s) Cursar información errónea o claramente insuficiente cuando ésta haya sido solicitada de conformidad con la normativa de aplicación y tenga carácter esencial, se generen graves daños o exista intencionalidad.

- Art.68.1: Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.000 euros hasta 900.000 euros.
2. Las infracciones graves se sancionarán con multa de 6.000 euros a 30.000 euros.
 3. Las infracciones leves se sancionarán con multa de hasta 6.000 euros. Art.69: Las sanciones se graduarán especialmente en función del volumen de la facturación a la que afecte, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, reincidencia y capacidad o solvencia económica de la empresa.

obligación se ceñirá únicamente a la comunicación al Registro del inicio de sus actividades en territorio español, sin que estén obligados a notificar sus datos al mismo.

C) Regulación del Registro estatal

Por otro lado se mejora la regulación del Registro estatal creado en 1998 que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores, a los efectos de información y publicidad; y, a este fin, se fijan las directrices técnicas y de coordinación entre los registros similares que pueden establecer las comunidades autónomas, bajo el principio de interoperabilidad de registros y ventanilla única previstos en la Directiva de Servicios, y se informatiza totalmente la llevanza del Registro, al que habrán de comunicar todos los datos que se encuentren reflejados en los Formularios que aparecen al final del Real Decreto, que quedan sujetos a una posible revisión y modificación mediante orden ministerial, una vez aprobada en Conferencia Sectorial.

D) Interoperabilidad de los registros de franquiciadores

Otra de las novedades importantes de este Real Decreto es que se concede un plazo de un año a las Comunidades Autónomas para que garanticen la interoperabilidad de los registros de franquiciadores. Con semejante iniciativa el objetivo que se persigue es que la información del Registro de franquiciadores sea completa y que se pueda disponer de un censo actualizado de las empresas que operan a nivel nacional en el sector de la franquicia²⁷¹.

²⁷¹ RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Disposición adicional primera. Comunicaciones de datos por parte de las comunidades autónomas: "Las comunidades autónomas efectuarán las comunicaciones de datos al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que se incorporarán al mismo de manera

E) Las informaciones precontractuales

Especial interés debemos mostrar en la novedad –en cuanto al tiempo-, en el obligado cumplimiento de entrega de información precontractual por parte del franquiciador al franquiciado, antes del inicio de la actividad²⁷². En este sentido se han pronunciado nuestros Tribunales, destacando la SAP de Barcelona, sección 13ª, de 21 de septiembre de 2004, referente a un asunto en el que el franquiciado solicitó la nulidad del contrato de franquicia con fundamento en los artículos 1261

automática, de forma que se garantice que el Estado pueda disponer de un censo actualizado de las empresas franquiciadoras. Las comunidades autónomas también comunicarán a este registro las modificaciones sobre estos datos. El registro asignará a la empresa un número de identificación de carácter nacional.”

Disposición adicional segunda. Datos comunicados directamente al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio:

“Los datos comunicados directamente al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio se incorporarán al mismo de manera automática, y se pondrán a disposición de las comunidades autónomas de forma que se garantice que puedan disponer de un censo actualizado de las mismas. Se procederá de igual manera con las modificaciones sobre los datos que se comuniquen directamente al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”.

²⁷² Dicho deber fue instaurado por el artículo 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el artículo 3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que desarrolla el contenido del mismo, estableciendo en este sentido que, “con una antelación de veinte días a la firma del precontrato o precontrato de franquicia, o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, este deberá dar por escrito al potencial franquiciado información veraz y no engañosa sobre sus principales datos de identificación, derechos de propiedad industrial, sector de la actividad franquiciada, experiencia, contenido y características de la franquicia y su explotación, estructura o extensión de la red en España y los elementos esenciales del acuerdo, todo ello con una finalidad protectora del minorista y que pretende que el potencial franquiciado, una vez instruido pueda valorar, asesorarse y decidir con pleno conocimiento de causa y de forma reflexiva sobre la conveniencia de incorporarse a la franquicia”.

del Código Civil, por vicios en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento por el franquiciador del deber de información precontractual y, subsidiariamente, con fundamento en los arts. 1124 y concordantes del Código Civil, acción de resolución del contrato, alegando el incumplimiento por el franquiciador de las obligaciones a su cargo, sin que prosperasen las alegaciones del franquiciado, inadmitiéndose por el Tribunal la pretensión de nulidad del contrato de franquicia por dolo o error como consecuencia del incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales, pues considera la Audiencia Provincial citada que la información que se suministra el franquiciador no posee la relevancia suficiente para provocar la nulidad pretendida pese a incumplir las normas legales de tratos preliminares²⁷³. Por lo que es necesario

²⁷³ De igual forma y en sentidos similares se pronuncian diferentes resoluciones judiciales:

(SAP Barcelona, Sección 1ª, de 18 de enero de 2011).

.../..efectivamente se presume que la información estaba en poder del franquiciado, lo que resulta plenamente lógico y conforme con la cultura empresarial, así como adecuado para cualquier persona avanzada en el comercio y que, con experiencia o sin ella, apuesta por una inversión económica de gasto importante y que, por su objeto, comporta cierto riesgo en el éxito futuro y, por ende, en las expectativas de beneficio.

(Sentencia del TS, Sala 1ª, de 30 de junio de 2009).

En cuanto a la alegación de inexistencia, con anterioridad a la prestación del consentimiento contractual, de información veraz y debidamente fundamentada que la entidad franquiciada imputa a la entidad franquiciadora, habiendo quedado de este modo viciado el consentimiento, ha de indicarse que la Audiencia, que cita y transcribe en su sentencia el art. 62.3 de la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y el artículo 3, letra e), in fine, del Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre, que desarrolla aquél, cuya infracción ahora se denuncia, tiene en cuenta, por un lado; que la entidad recurrente ya poseía tres franquicias, que se ha aportado a las actuaciones considerable documentación económica facilitada por la franquiciadora sobre las previsiones del negocio, que los socios no carecían de experiencia en el sector y que no se reclamó más información por la franquiciada ni se expuso queja al respecto hasta que se reveló la escasa rentabilidad del negocio, concluyéndose por el Tribunal "a quo" que se facilitó correcta y veraz información sobre los datos y hechos a que se refiere el

salvaguardar la posición del franquiciador, que éste facilite siempre toda la información precontractual en su mayor amplitud, documentando la fecha exacta de la entrega de la misma y su concreto contenido, e incluso el compromiso expreso de guardar por el candidato la debida confidencialidad sobre todo ello.

Con la implantación de esta nueva normativa existe una intención clara de establecer una diferenciación real respecto de aquellas empresas que no cumplen con las condiciones para entrar dentro del modelo de negocio, así en su artículo 2 señala cuáles son esas condiciones básicas. Y lo hace por descarte, esto es, cita cuales son las relaciones jurídicas que no tendrán la consideración de franquicia el contrato de distribución en exclusiva, la cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona, la transferencia de tecnología, la cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial y, la concesión de una licencia de fabricación²⁷⁴.

art. 3 del RD 2485/98, con unas fundadas previsiones de venta que sin embargo no se vieron cumplidas por causas no imputables a la franquiciadora. Tal conclusión...ha de ser mantenida en sede casacional.

(SAP León, Sección 2ª, de 4 de noviembre de 2011)

No obstante, como señala la doctrina, la exigencia legal del art. 3 del RD 2485/1998 de que la información precontractual conste por escrito deberá interpretarse en términos amplios, adaptándolo a las nuevas realidades – la introducción de la tecnología en la negociación- y entender que el requisito de escritura se refiere a que la información conste en un soporte duradero y accesible, y así es lo cierto que la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito del deber de transparencia en los contratos de red permite nuevas posibilidades de cumplimiento de la obligación de información precontractual, y la primera de ellas sería que el documento de información se encuentre en la página web del cabeza de red.

²⁷⁴ Caso peculiar es el asunto de la jurisprudencia americana *Neiman v. Dryclean USA Franchise Co*, 178 F.3d 1126, 1129 (11th Cir. 1999) donde el Tribunal americano tenía que pronunciarse y resolver en consecuencia sobre, “si el franquiciador estadounidense, que actuaba en el extranjero, estaba sujeto a las normas de los Estados Unidos sobre la obligación de ofrecer la información precontractual o sobre las normas del país del domicilio del franquiciado. En este

2. PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Una primera aproximación normativa –al finalizar nuestra investigación profundizaremos más sobre el fallido proyecto, en concreto en la última parte de trabajo, Capítulo VII, “Perspectivas de futuro del contrato de franquicia”-, nos hace entrever que en la actualidad, el devenir de esta figura contractual está provocando todo tipo de repulsa sobre su tan deseada regulación, pero no en las condiciones que expresaba el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, ya que el mismo integraba dicha institución jurídica, pero una vez aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de junio de 2012, fue rechazado y su promulgación, no parece que se pueda llevar a cabo, al menos en fechas inminentes. Dicho proyecto regulaba, algunos referidos exclusivamente al ámbito de la franquicia (ya veíamos la ansiada luz, de una mayor regulación jurídica de dicha figura contractual, pero por ahora, solo queda en “pretensión”).

Las reacciones a dicho Proyecto no se hicieron esperar, los efectos del mismo, suscitaron un rechazo rotundo, y la Asociación de Franquiciadores de España (AEF) se pronunciaba exponiendo que si se aprobaba dicho Proyecto, las consecuencias para el sistema y modelo de negocio serían muy negativas.²⁷⁵

caso, el juez apoyó al franquiciado como parte “más débil” del contrato de franquicia, porque el franquiciado debe disponer de un mínimo de la información sobre el franquiciador y su franquicia para valorar todos los riesgos y tomar una decisión de inversión.

²⁷⁵ La AEF se opuso rotundamente al contenido que afectaba a la franquicia del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. En principio, esta asociación presentó sus alegaciones ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para evitar la inclusión de la franquicia en esta ley, en trámite de discusión parlamentaria, y se reunió con varios grupos parlamentarios (PP, CiU y PSOE) para expresarles su rechazo, y ya podemos decir que con éxito, ya que finalmente la Ley no se ha aprobado.

A) Contenido normativo

Había dos artículos que eran especialmente gravosos para el control por parte del franquiciador del know-how o saber hacer, que es secreto y no transmisible, como se pone de manifiesto en cualquier contrato de franquicia.

El primer artículo decía;

“que en el supuesto de que hubiese determinadas cláusulas en el contrato de no competencia postcontractual se tendría que indemnizar al franquiciado o, en caso contrario, éste podría continuar realizando la misma actividad empresarial e incluso transmitirla a terceros, lo que supondría que podría transmitirles el saber hacer”.

En nuestra modesta opinión, esto constituía un grave error para el devenir de los contratos de franquicia, ya que los potenciales franquiciados se plantearían el por qué pagar por algo que sería público, que todo el mundo podría conocer. Pero es más aún, en su segundo artículo decía;

“que el franquiciado podrá ceder el contrato de franquicia a un tercero ajeno a la red, sin permiso del franquiciador, siempre y cuando el adquirente de la franquicia se comprometa por escrito a mantener y conservar la organización de medios y recursos materiales y humanos que el cedente mantenía. De esta forma, la cláusula en contrario que se recoja en el contrato será nula”.

Fijemos las consecuencias que ello podría traer, y como fundamental, la pérdida por parte del franquiciador del control sobre la persona que adquiriera la franquicia y todos los conocimientos sobre el saber hacer, ya que ese tercero lo podría adquirir con fines desleales.

Además siguiendo con el estudio de este Proyecto de Ley (que en un principio se veía con muy buenos ojos, pero que finalmente desistió), la misma, limitaría la libertad de establecer determinados pactos en los futuros contratos, ya que una de las limitaciones que pretendía imponer era que el franquiciador no pudiera impedir que un franquiciado vendiera parte de las acciones de su sociedad a un tercero, siempre que mantuviera los medios humanos y materiales. Indudablemente de esta forma, cualquier persona, incluso un competidor directo, accedería al tan ansiado, saber-hacer.

B) Origen, causa y problemática del Proyecto

La Ley de Economía Sostenible²⁷⁶ introdujo una Disposición Adicional a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que establecía el régimen jurídico de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. Aprobada la Ley de Economía Sostenible con fecha 15 de febrero de 2010, en una reunión del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio con representantes de Comunidades Autónomas y fabricantes del sector de automoción, el Ministerio se comprometió a presentar un anteproyecto de Ley de Contratos de distribución, en el que se recogerían y satisfacerían “de forma equilibrada y dialogada las preocupaciones de fabricantes y distribuidores”. Dos días antes de la publicación de la LES los fabricantes y concesionarios de automóviles instaron al Gobierno a que procediese a la revocación de la norma (aún no publicada en ese momento). Hubo de esperarse hasta la Ley 7/2011, de 11 de abril²⁷⁷ para que la previsión incorporada sobre el sector en la LES, que

²⁷⁶ Publicado en el BOE de 5 de marzo de 2010.

²⁷⁷ Dictada en ejecución de la Directiva 2009/44/CE por la que se modifican las Directivas 98/26/CE (sobre firmeza de la liquidación de los sistemas de pagos y liquidación de valores) y de la 2002/47/CEE (sobre acuerdos de garantía financiera, en relación a los sistemas conectados y a los derechos de crédito).

incorporaba a la Ley del Contrato de Agencia el régimen jurídico de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, quedara sin efecto. Así, la Disposición Adicional cuarta de la Ley 7/2011 (medidas sobre la distribución comercial) vuelve a modificar la Ley del Contrato de Agencia (de 1992) con una nueva Disposición Adicional primera²⁷⁸ y da un plazo al Gobierno para aprobar y remitir a las Cortes un proyecto de ley de contratos de distribución comercial.

Cuando el Consejo de Ministros remite a las Cortes este Proyecto, en fecha 20 de junio de 2011²⁷⁹, persigue evitar la singularización en el sector de distribución de vehículos automóviles e industriales y ofrecer una norma para todo el sector. La vida y vigencia de la regulación específica fue muy breve, sin duda por las presiones habidas, pero la falta de regulación, de nuevo y fracasada la tentativa que tan poco duró, se ha extendido varios años al no haberse aprobado, en ninguna de sus posibilidades, una nueva regulación de los contratos de distribución. De modo transitorio –y, desde luego, provisional y temporal- sí existió, según lo dicho, una regulación aplicable al sector de la automoción, en el que existió una obligación de recompra del fabricante (cuando los productos servidos

²⁷⁸ El número 1 de esta Disposición señala: “Hasta la entrada en vigor de la ley de contratos de distribución comercial, que será dictada conforme a lo previsto en la Disposición adicional undécima de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la que se modifica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, no será aplicable y no producirá efectos jurídicos”. Al quedar sin efecto tal norma, prevé el número 3 de la misma Disposición: “Hasta la aprobación y entrada en vigor de la ley de contratos de distribución comercial, el Gobierno presentará a las principales asociaciones del sector de automoción un código de buenas prácticas, en el que se contemple la constitución de un comité de seguimiento y resolución de conflictos”. Fracasada la iniciativa, tan solo se dispone hoy día de esta previsión, entonces coyuntural y transitoria,

²⁷⁹ Proyecto publicado en el BOCG de 29 de junio de 2011. *Vid.* documento en internet, http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_138-01.PDF.

no fuesen solicitados por los clientes), en este contrato de concesión; de igual modo, se estableció el régimen de la indemnización por clientela (de modo tal que los pactos que excluyesen el derecho del distribuidor en exclusiva a una indemnización por clientela, habrán de reputarse nulos de pleno derecho), el régimen de las inversiones específicas y las consecuencias de la extinción del contrato. Por no tratarse de Derecho vigente y por su carácter sectorial y vigencia efímera, basta solo con su cita²⁸⁰

C) Reflexión final

Este Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, como decimos, sin virtualidad alguna en la actualidad, se redactó con la pretensión de “atender a las partes según la función que cumplen, sin importar el lugar que ocupan en la cadena de distribución o las mutaciones en el proceso económico descendente”, según se señala en su Exposición de Motivos. La formación del contrato (con deberes de información, con la obligación de confidencialidad y con la referencia a la forma escrita), su contenido (principalmente los deberes de información y la determinación de los objetivos comerciales) y la duración del contrato (normalmente de duración indefinida con la determinación de las eventuales indemnizaciones), así como la específica regulación del régimen de la franquicia en uno de sus preceptos (el proyectado artículo 30), cuestiones sobre las que

²⁸⁰ Para un mayor conocimiento, cfr. MORALEJO MMENÉNDEZ, “*Régimen jurídico...*”, *op.cit.*, especialmente págs. 8 a 14, en donde hace interesantes consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales y muy acertadas críticas.

volveremos, constituyen el contenido que interesa a nuestra investigación, de este Proyecto²⁸¹.

En definitiva como podemos observar esta regulación lejos de contentar a todas las partes²⁸², provocó todo tipo de reacciones. Las enmiendas que se plantearon llevaban consigo muy diversas direcciones, pero observadas todas las reacciones que ésta provocó a la misma, no era difícil presagiar que su futuro sería como fue, su propio fin. Es totalmente verdadero, lógico y si se me permite la expresión arriesgado, que la actual recesión económica no invite, precisamente, a la creación de ningún tipo de tejido empresarial y que la iniciativa privada se encuentre reacia hasta que los engranajes de la actividad financiera, económica y productiva vuelvan a ponerse en funcionamiento. Sin embargo, la conjunción de estos elementos coyunturales y estructurales, han propiciado la aparición de un período de relajación necesario para que, en un futuro, podamos dar rienda suelta a nuestra incursión en el mundo empresarial.

²⁸¹ *Vid.*, MORALEJO MENENDEZ, I., "Régimen jurídico de los contratos de distribución (de la D.A. 1ª de la Ley de Contrato de Agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución)", *Derecho de los Negocios*, N° 252, septiembre 2011, págs. 7-26.

²⁸² Como si se provocó, en Junio de 2012 en México, al nacer formalmente la franquicia comercial como figura jurídica, lo que ubica a dicho país en el umbral histórico de aportar al mundo su definición conceptual y regulación legislativa sobre el contrato de la franquicia y los elementos que la conforman.

3. LA NUEVA *LEY DEL EMPRENDEDOR 14/ 2013* Y SU AFECTACIÓN AL MODELO DE NEGOCIO DE FRANQUICIA

Muy recientemente se aprobó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización²⁸³.

A partir de la misma se presupone que crear una empresa será más ágil, rápido y económico, con menos cargas burocráticas y fiscales, y el supuesto fracaso en el intento, ya no supondrá una factura difícil de resarcir. En su Exposición de Motivos se desprende su principal objetivo: “crear un entorno favorable a la iniciativa emprendedora y a la internacionalización de los proyectos empresariales”. Pero debemos puntualizar, desde nuestra modesta prudencia -y desde el punto de vista del modelo de negocio objeto de estudio-, que echamos en falta un articulado o epígrafe específico que favorezca este sistema de crecimiento empresarial. Bien es verdad que aunque no figuren explícitamente las ventajas que para la franquicia tiene dicha ley, sí que son aplicables sus preceptos a dicho modelo de negocio implícitamente, aunque el aspecto principal y que más preocupa a todos los colectivos empresariales en general y por supuesto, a la franquicia en particular, debería haber sido el apoyo en la financiación, con los requisitos oportunos que fueran necesarios o en su defecto con la aportación de un fondo específico para el sistema.

A) Particularidades y novedades de la Ley

Pero la nueva Ley de emprendedores si que ha fomentado el nuevo emprendimiento con una serie de normas, obligaciones –y compromisos por parte del legislador- que alabamos y resumimos en esta breve referencia. Comenzando

²⁸³ Publicado en BOE N° 233 de 28 de Septiembre de 2013, vigente desde 29 de Septiembre de 2013.

en primer lugar, por los incentivos fiscales sobre los que las nuevas empresas - incluyendo por supuesto, las franquicias-, se podrán beneficiar, del tipo súper reducido del 15% del IVA para las pymes que reinviertan sus beneficios. En segundo lugar, la ley establece una nueva deducción en la cuota del Impuesto de Sociedades para los beneficios de las pequeñas y medianas empresas que, en lugar de repartirse entre los accionistas o los propietarios, se reinviertan en nuevos activos para impulsar el negocio, incentivo que para la creación de nuevas franquicias y la expansión de las mismas puede tener gran repercusión²⁸⁴. Otra de las novedades de la presente, es crear un régimen especial para autónomos y pymes, de carácter voluntario, que permitirá evitar el ingreso del impuesto en Hacienda hasta el momento de cobro de la factura en lo que al Impuesto Sobre el Valor Añadido se refiere. En cuanto a la política de ayudas que lleva fomentando desde hace algún tiempo el legislador a la Inversión más Desarrollo -sobre todo para aquellas empresas con pocos beneficios o que se encuentren en pérdidas-, para evitar una desincentivación de la actividad investigadora de las mismas, la ley les permitirá solicitar a la Hacienda Pública una compensación por las cantidades que les hubiera correspondido deducirse por sus inversiones en I+D²⁸⁵. Es de resaltar la aplicación de incentivos fiscales a los financiadores de proyectos emprendedores, siendo ésta de hasta un 20% de la cuantía aportada en la cuota estatal del IRPF, y obteniendo una exención total sobre los beneficios que obtengan siempre que se materialicen en un plazo máximo de doce años y que se

²⁸⁴ La deducción por reinversión de beneficios, es una medida muy relevante en el sector franquicia, y ponemos como ejemplo la franquicia de alimentación "SUBWAY", en la que más del 70% de los franquiciados invierten sus beneficios abriendo nuevos locales de restauración.

²⁸⁵ El único límite que cita la ley, es que esa devolución no podrá superar los 3 millones de euros.

reinvieran en otra sociedad, que en nuestro caso podría ser en otra franquiciada²⁸⁶.

a) Tarifa plana para los emprendedores

Otra importante medida que adopta la citada ley es la de proporcionar a todos los “emprendedores” –como se cita en la misma- que quieran poner en marcha su propio proyecto como autónomos, el acogerse a la denominada tarifa plana, que les permitirá reducirse un 80% la cuota mínima de autónomos en los

²⁸⁶ En este sentido la medida ayuda a incentivar a aquellas sociedades –denominadas, sociedades de capital riesgo-, que tienen como objetivo primordial, participar en proyectos empresariales, financiando –parte, o el todo-, de aquellas otras iniciativas empresariales que tienen dificultades de financiación para poder desarrollar sus modelos de negocio.(*Vid. PÉREZ-SERRABONA GONZALEZ, F.J., El capital riesgo y Biotecnología: problemas, retos y oportunidades, Revista de la Facultad de Derecho, Granada, 2014, págs. “en prensa”; ibídem, “Paternariado privado en las sociedades de nueva creación: el capital riesgo”, en el X Congreso Internacional de Derecho Privado, Núcleo de Derecho Privado de Montevideo, Punta del Este (Uruguay), Octubre 2014*); donde señalamos y expusimos, la gran relevancia de estas sociedades de vital importancia para las actuales tendencias y necesidades del mercado, las cuales le afectará en gran medida a las empresas franquiciadas que necesiten de capital o financiación, ya que en nuestra opinión y observando el panorama actual que se nos presenta, será prioritario que dichas empresas -e incluso los empresarios independientes que toman la decisión de franquiciar sus modelos de negocio-, no fundamenten su sustento en la financiación financiera por parte de los Bancos y en la concesión de ayudas y subvenciones únicamente, sino que diseñen programas de formación, jornadas, congresos, en definitiva foros de conocimiento en donde se den a conocer todas estas empresas del sector franquicia, empresas que dada las expectativas de beneficios que generan -en todos los ámbitos, económicos, e incluso hoy en días saludables, con la proliferación de franquicias de deporte, alimentación, etc., que están apareciendo en el mercado y que tan buena aceptación están consiguiendo-, hacen que su importancia sea vital para el sostenimiento de una futura economía de mercado productiva, saludable y económicamente rentable y exitosa.

primeros seis meses de su actividad, en un 50% en los siguientes seis, y en un 30% en los seis posteriores²⁸⁷.

b) La figura del emprendedor de responsabilidad limitada

La Ley crea igualmente, la nueva figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL), que permitirá proteger el patrimonio personal del emprendedor ante las eventuales deudas que pudiera generar su actividad empresarial. La norma preservará –he aquí una de las novedades más importantes por parte del legislador-, la vivienda habitual del deudor en las posibles reclamaciones de acreedores por deudas generadas en la actividad empresarial o profesional, con la excepción de los casos de fraude o negligencia grave²⁸⁸ -novedad que minimiza los riesgos (y permítasenos la expresión, “miedos”) que se suscitan a todos los emprendedores en general, y que deberá propiciar a los franquiciadores y franquiciados, un incentivo y estímulo para que no declinen en sus ambiciones y proyectos empresariales en su ímpetu de formalizar y crear un nuevo tipo de sociedad-.

c) La figura de la sociedad limitada de formación sucesiva

En lo que respecta a los tipos societarios, con la nueva Ley se suprime el requisito de capital mínimo para crear una sociedad, se crea la nueva figura de la

²⁸⁷ Se publicitó como la tarifa plana de 50 euros, pero lo cierto es que, dado que la tarifa mínima de autónomos era de 256,72 euros para 2013 y que la reducción no afectaba a la cotización por incapacidad temporal, la cuota a pagar durante los seis primeros meses de actividad estará en el entorno de los 75 euros, durante los seis siguiente en 146 euros, mientras que en el tramo final se situará en unos 170 euros.

²⁸⁸ Aunque dicha excepción no será aplicable a las deudas con las administraciones públicas (fundamentalmente Hacienda y Seguridad Social) ni con los bancos. -novedad que minimiza los riesgos que se suscitan a todos los emprendedores, y que a los franquiciadores y franquiciados deben incentivar y animar a no declinar en sus ambiciones y proyectos empresariales.

Sociedad Limitada de Formación Sucesiva que permitirá poner en marcha una sociedad sin necesidad de atender al requisito de aportar un capital mínimo de 3.000 euros²⁸⁹. Uno de los principales inconvenientes y recelos que todo emprendedor valora antes de iniciar su proyecto, lo constituye el factor tiempo a la hora de constituir dichas sociedades, pues bien, la ley fija un método rápido de constitución de sociedades mediante modelos simplificados y procesos telemáticos que agilizarán enormemente dichos trámites²⁹⁰.

d) Nueva concepción del concurso en las empresas

De las novedades -a nuestro parecer-, que mayor incertidumbre creará, será la de facilitar y agilizar la liquidación de los proyectos fallidos mediante acuerdos extrajudiciales con los acreedores, ofreciéndoles mayor protección, previendo quitas de hasta el 25% y moratorias de hasta tres años, con la intención de que su fracaso no impida la creación de un nuevo negocio. Insistimos esta garantía de una supuesta “segunda oportunidad” para el emprendedor, a nuestro entender no estará exenta de polémica y problemática propiciada por las “suspicias y argucias” de los emprendedores inmersos –o no- en esas circunstancias que propicien el denominado fracaso empresarial. Pero el legislador persiste en fomentar el emprendimiento, y soslaya todos estos posibles riesgos que pudieran acarrear la creación de estos estímulos, incentivos y oportunidades que se le presentan en la citada ley de emprendimiento.

²⁸⁹ Aunque, a cambio, se restringe la retribución anual que pueden percibir socios y administradores, y la posibilidad de repartir dividendos por parte de las empresas franquiciadoras o franquiciadas en nuestro caso.

²⁹⁰ Pero aquí debemos resaltar que el Ejecutivo habla en todo momento de 24 o 48 horas simplemente como referencia, y nunca como disposición legal.

e) Argumentación sobre el devenir de la ley

La revisión de este marco legal que venimos desarrollando, será –según compromiso de su impulsor, el Gobierno-, de manera anual, para adaptarla al entorno y eliminar todos los obstáculos que se identifiquen y que puedan poner en peligro el devenir de la misma. Algunas medidas finalmente que afectan al sector franquicia –y de la lectura de la importante norma se desprende-, son: la simplificación de las obligaciones contables y mercantiles en los primeros años de actividad de estas nuevas empresas o sociedades; el asesoramiento y promoción a los franquiciadores o franquiciados que quieran acceder a los planes de ayuda al emprendimiento de las instituciones internacionales, prestándoles todo tipo de asesoramiento y finalmente; la de estimular –gracias a los permisos de residencia que concede-, a proyectos y franquicias extranjeros que minimicen las tasas de empleo, satisfagan las necesidades de los consumidores y usuarios y fomenten la competitividad empresarial, atrayéndolos y facilitándoles su inclusión en el territorio español.

Mención aparte, hay que resaltar que en el devenir y transcurrir del tiempo – y los estudiosos del derecho, sabemos perfectamente a lo que nos referimos- son muchas las revisiones, modificaciones y aclaraciones que se suscitan tras la promulgación de una ley y que en definitiva, hacen -como venimos resaltando en estas últimas líneas-, que el derecho se adapte igualmente al entorno donde se desenvuelve.

f) La tesis de inadmisibilidad de modificación del objeto social: la resolución de la DGRN de 25 de julio de 2014

Así, en este contexto que citamos, destacamos, que el pasado 25 de julio del presente 2014, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que afectaba directamente a la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los

emprendedores y su internacionalización, y, más concretamente, a las menciones que podrán ser incluidas o no, en el objeto social de una sociedad. En ella, se exponía el caso donde un registrador mercantil rechazaba la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, donde, entre otros acuerdos, se modificaba el objeto social de una sociedad. El Registrador denegaba la inscripción de los acuerdos sociales en base a los siguientes motivos:

- a. Porque no se había efectuado la provisión de fondos necesaria para la publicación en el BORME de los acuerdos inscribibles, en virtud del artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil.
- b. Porque la hoja de la sociedad se encontraba cerrada en el Registro²⁹¹; y por último
- c. Porque los códigos de la CNAE que constaban en la escritura y en la certificación, no figuran en la clasificación aprobada por el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009) y, por lo tanto, considera que los códigos contenidos en el citado artículo actualmente no están vigentes-. Por todo ello, el Notario autorizante de la escritura interpuso un recurso sobre la calificación registral relativa a la referencia de los Códigos de Actividad Económica. El recurso versa principalmente en torno a lo

²⁹¹ Hay que tener presente que la hoja sociedad se cerrará siempre y cuando no se hayan depositado las cuentas anuales transcurrido un año desde el cierre del ejercicio fiscal, conforme a lo establecido en el artículo 282 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y en el artículo 378 del RRM. Asimismo añadir, que el artículo 378 establece una serie de excepciones al cierre de la hoja registral.

dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Emprendedores, que literalmente establece:

Artículo 20. Sectorización universal de la actividad de los emprendedores

En sus relaciones con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, los emprendedores deberán identificar su principal actividad por referencia al código de actividad económica que mejor la describa y con el desglose que sea suficiente de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas. La sectorización de actividad será única para toda la Administración.

A tal efecto, en los documentos inscribibles y en la primera inscripción de constitución de las correspondientes entidades en los registros públicos competentes, se expresarán los códigos correspondientes a las actividades que corresponden al respectivo objeto social de cada entidad inscribible. En las cuentas anuales que hayan de depositarse se identificará cuál es la única actividad principal desarrollada durante el ejercicio por referencia al correspondiente código.

Los registros públicos en donde se depositen las cuentas anuales deberán poner a disposición de todas las Administraciones Públicas los códigos de actividad vigentes. Las dudas que se susciten sobre su corrección serán resueltas mediante resolución del Instituto Nacional de Estadística a quien el Registrador someterá la decisión última.

Deducimos que en la redacción del artículo 20, se ha creado una nueva obligación con rango de Ley en las sociedades mercantiles que se extiende, no sólo a su constitución, sino también a cualquier modificación que pudiese alterar el objeto social de las mismas. En esta línea, la DGRN ha establecido que en el objeto social deberá contener el código correspondiente a la actividad principal que desarrolle la sociedad, y en el caso de que desarrolle varias actividades, podrá contener varios códigos. A la hora de determinar cuál es el código de

actividad principal de la sociedad, se atenderá a la información facilitada por la misma cuando se lleve a cabo la presentación de sus cuentas anuales, obligación anual que tienen todas las sociedades mercantiles conforme a los modelos aprobados por la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de enero de 1994 (actualmente, Orden JUS/206/2009, de 28 de enero).

Asimismo, decir que la obligación del Registrador no se limitará exclusivamente a verificar la inclusión de los correspondientes códigos en el artículo del objeto social, sino que también deberá verificar que los códigos incluidos se corresponden con los vigentes en cada fecha. Por último y para concluir, añadir que la finalidad de la inclusión de estos códigos es meramente estadística para la Administración del Estado.

B) Recapitulación

Indudablemente las sociedades franquiciadas deberán cumplir exhaustivamente -independientemente de cuál fuese el tipo de societario empleado-, con la precedida obligación del cumplimiento íntegro del citado artículo 20 de la nueva Ley del emprendedor. Texto en que a pesar de no existir mención alguna al modelo de franquicia como tal -especifica-, ineludiblemente y de manera directa al igual que otros modelos de negocio, se beneficia de todos los estímulos e incentivos que están recogidos en la misma, pero si se nos permite nuestra modestísima crítica, echamos de menos -y ésta era otra gran oportunidad para el legislador-, algún tipo de medida específica para un ámbito de tanto peso y relevancia dentro del mundo del emprendimiento, como es la franquicia.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

SECCIÓN XIV.- ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La franquicia es un acuerdo entre dos empresas legalmente independientes²⁹², el franquiciador y el franquiciado²⁹³. El franquiciador es una entidad que ha desarrollado un concepto de negocio y que acuerda con el franquiciado la explotación del mismo. De esta manera, el primero concede al segundo el derecho a utilizar su marca y su modelo de negocio durante un tiempo determinado, a cambio de lo cual el franquiciado paga un canon de entrada y unos royalties. Dada la trascendencia económica de estas operaciones, pueden surgir comportamientos oportunistas, tanto por parte del franquiciado como del franquiciador²⁹⁴.

²⁹² Si bien son empresas jurídicamente independientes, la dependencia económica entre ellas es tan fuerte que el acuerdo se asemeja a una relación laboral. *Vid.* RUBIN, P., "The theory of the firm and the structure of the franchise contract", *Journal of Law and Economics* 21, 1978, págs. 223-233; MATHEWSON, F. y R. WINTER, R., "The economics of franchise contracts", *Journal of Law and Economics* 28, 1985, págs. 503-526; HADFIELD, G., "Problematic relations: Franchising and the law of incomplete contracts", *Stanford Law Review* 42, 1990, págs. 927-992.

²⁹³ Han sido numerosos los autores que han tratado de definir el concepto de franquicia de la forma más correcta posible como hemos ido observando a lo largo de nuestro estudio, pero una de las recopilaciones más curiosas y relevantes han sido las definiciones del término franquicia aportadas en la obra de STANWORTH, J. y CURRAN, J., "Colas, burgers, shakes and shirkers: Towards a sociological model of franchising in the market economy", *Journal of Business Venturing* 14, 1999, págs. 323-344.

²⁹⁴ Como en todo contrato, las obligaciones integrantes de su contenido dependerán de lo acordado entre las partes. Con ello quiere significarse que las que se analizan en el texto aparecen en toda franquicia, de forma que, en tal sentido, pueden considerarse inherentes a su existencia.

A) El free-riding del franquiciado

En relación al primero, la retribución del franquiciado con la renta residual de su establecimiento, genera grandes incentivos que le pueden llevar a tratar de maximizar sus propios resultados, aún a costa de los resultados de toda la cadena, por ejemplo, ofreciendo productos de una menor calidad. El motivo de este comportamiento es que el coste del mismo no va a ser soportado única y exclusivamente por él, sino que, mayoritariamente, va a ser soportado por el resto de las unidades de la cadena, en términos de pérdida de clientes, y por el franquiciador, en términos de pérdida futura de valor de la marca²⁹⁵. En definitiva, estamos ante un problema de *free-riding* (oportunismo o acción colectiva) por parte del franquiciado.

B) El free-riding del franquiciador

Pero, por otra parte, también podemos encontrarnos con problemas de oportunismo *-free-riding-*, por parte del franquiciador. El éxito de una red de franquicias depende fundamentalmente de él, puesto que es el que proporciona imagen de marca y se encarga de que el valor de la misma se mantenga y aumente con el paso del tiempo²⁹⁶. Para ello, centraliza las acciones promocionales de sus productos y/o servicios, actualiza los conocimientos

²⁹⁵ Este argumento es desarrollado por BRICKLEY, J. y DARK, F., "The choice of organizational form: The case of franchising", *Journal of Financial Economics* 18, 1987, págs. 401-420. Y WILLIAMSON, O., "Transaction cost economics", en R. Schmalensee y R. Willig (eds.), *The Handbook of Industrial Organization*, New York, 1989, págs. 135-182. Y desarrollado de forma completamente analítica por, NAULT, B. y DEXTER, A., "Adoption, transfers and incentives in a franchise network with positive externalities", *Marketing Science* 13, 1994, págs. 412-423.

²⁹⁶ En este sentido se pronuncian, PERALES, N., y VÁZQUEZ, L., "Determinantes de la intensidad franquiciadora: Un enfoque de agencia", *Investigaciones Económicas* 27, 2003, págs.151-172.

necesarios para la gestión del negocio, forma, entrena y asiste a los establecimientos con el fin de mantener la uniformidad en la cadena. Sin embargo, el franquiciador no se beneficia totalmente de su esfuerzo al haber cedido un determinado porcentaje de establecimientos en franquicia. Asume, por tanto, la totalidad de los costes y sólo una parte de los resultados. Esto, puede llevarle a un desentendimiento de sus obligaciones, tratando de obtener el máximo beneficio a corto plazo a través de los royalties y cánones cobrados a los franquiciados y dejando que la cadena y la marca pierdan totalmente su valor. Desde el punto de vista de un franquiciado, éste es un importante problema, puesto que si esa situación pasase, también él perdería buena parte de su inversión.

Así pues, la firma de un contrato entre ambas partes es una solución frecuente para este tipo de situaciones. En términos generales, un contrato recoge los roles y las responsabilidades de cada una de las partes, la localización de los derechos de control y de decisión, la planificación de cómo se debe de actuar ante la presencia de determinadas contingencias, cómo se comunicarán las partes entre sí y como se resolverán las disputas. De esta manera, hablaremos de que un contrato es completo, cuando sea capaz de recoger todas las cuestiones relevantes para la relación y, además, sea capaz de anticipar contingencias futuras y la manera de resolverlas²⁹⁷.

Aunque los contratos completos no existan, porque siempre puede acontecer algo que ninguna parte había anticipado, sí que es cierto, que las partes se preocupan de resolver todas aquellas contingencias posibles que pudieran suscitar. Por lo tanto, cabe pensar que cuanto más cerca de un contrato completo

²⁹⁷ Y en este sentido destaca las teorías de LUO, Y., "Contract, cooperation and performance in international joint ventures", *Strategic Management Journal* 23, 2002, págs. 903-919.

estemos, más cláusulas y detalles tendrán recogidos en el mismo para que no exista duda sobre la forma de actuación y se atenúe el interés por el oportunismo.

C) Objetivos de las cláusulas

Las cláusulas establecidas en los contratos de franquicia persiguen, por tanto, tres objetivos:

- incentivar el esfuerzo y dedicación del franquiciado a la gestión de su establecimiento²⁹⁸;
- limitar la habilidad de este último para imponer externalidades negativas sobre el resto de los franquiciados o sobre la cadena²⁹⁹; e,
- incentivar al franquiciador a realizar aquellas actividades necesarias para mantener el valor de la marca³⁰⁰.

El primero de los objetivos se lograría a través del derecho del franquiciado a percibir la renta residual de su establecimiento; el segundo a través de mecanismos autoexigibles, tales como la retribución con rentas económicas al franquiciado, que perdería si fuese expulsado de la cadena al ser descubierto su comportamiento oportunista; y el tercero, mediante la compensación que reciba el franquiciador por el desarrollo de dichas actividades.

El contrato que surge entre las partes, de contenido desigual, (si bien las obligaciones señaladas son las que propone la doctrina y se pueden obtener del

²⁹⁸ Vid. RUBIN, P., "The theory of the firm and the structure of the franchise contract", *Journal of Law and Economics* 21, 1978, págs. 223-233.

²⁹⁹ Cfr. LAFONTAINE, F. y RAYNAUD, E., "The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting", *NBER Documento de trabajo 8868*, 2002.

³⁰⁰ Vid. BERCOVITZ, J., "An analysis of the contract provisions in business-format franchise agreements", Mimeo, *Fuqua School of Business*, Duke University, 2000.

análisis de los condicionados generales que ofrecen los franquiciadores), se muestra como un contrato bilateral³⁰¹, sinalagmático, encuadrado en los contratos de colaboración y de distribución comercial, *intuitu personae*³⁰²; por el que el franquiciador se obliga a autorizar el uso de una marca, a ceder su *know-how*, a suministrar productos y prestar asistencia, y en el que existe un pacto de exclusiva, obligándose el franquiciado al pago de prestaciones periódicas³⁰³

³⁰¹ Generalmente, se trata de un contrato bilateral, pues el comerciante o franquiciador se obliga por una parte a conceder el uso y goce del bien (signo distintivo y/o invención y/o secreto comercial) y/o asesorar o capacitar, y el franquiciado se obliga por su parte a utilizar esos derechos en el desempeño de sus actividades empresariales, además de obligarse a pagar una contraprestación.

³⁰² Esta es una de las características esenciales de este contrato, casi en todos los casos, son las capacidades técnicas del franquiciador, las que toma en cuenta el franquiciado para contratar con él, e igualmente ya que (salvo en los contratos en que se autoriza la concesión de franquicias subarrendadas) el franquiciado se obligará a operar él mismo o a involucrarse personalmente en la operación del negocio en el que se usarán los derechos y servicios recibidos.

³⁰³ En este sentido, habría que destacar que el precio podrá tener lugar bien mediante un único abono, o, lo que resulta más usual, en una serie de pagos periódicos, con o sin cuota inicial. En todo caso, no cabe descartar la posibilidad de que en este último supuesto la cuantía sea variable, en la medida en que consista en un porcentaje de los beneficios o ingresos obtenidos por el franquiciado. De lo señalado resaltar igualmente que se habrían de cumplir los requisitos señalados al respecto en los arts. 1446, 1447, y 1449 Cc.

a) Art. 1446 Cc: *Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.*

b) Art. 1447 Cc: *Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato.*

c) Art. 1449 Cc: *El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

(puede que sea una cantidad fija mensual, un porcentaje sobre las compras o un porcentaje sobre las ventas realizadas) aceptando el control del franquiciador sobre su propia actividad.³⁰⁴ Como hemos indicado, es un contrato atípico³⁰⁵, si bien va mereciendo la atención del legislador, no solo español sino también comunitario, de carácter mercantil por la presencia indeclinable de empresarios, y por aplicación del criterio de la analogía del art. 2 del Código de comercio³⁰⁶, que guarda semejanza con otros contratos, como por ejemplo con el de comisión o con el de agencia.

D) La cesión de marca

Como hemos visto, la normativa coincide en definir los acuerdos de franquicia en base a unos contenidos mínimos que la relación empresarial entablada debe necesariamente incluir: la cesión de la marca al franquiciado, la transmisión del Know-how y la prestación de asistencia continuada. La ausencia de tales aspectos, en la relación que unirá al franquiciador con el franquiciado, imposibilitará la calificación jurídica de la misma como “acuerdo de franquicia”, con

³⁰⁴ De manera análoga se desarrolla igualmente dicho Contrato de franquicia, como se señala igualmente en el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial Mexicana, cuando señala textualmente; *existirá franquicia, cuando con la licencia del uso de una marca se transmiten conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.*

³⁰⁵ Como ya hemos observado durante su estudio, (y puesta de relieve por numerosa doctrina) al no estar regulado en la Ley, y por ello le resultan aplicables las disposiciones legales de los análogos a éste.

³⁰⁶ Art. 2 C.Com., párrafo 2º: *Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.*

las consecuencias que ello implica, de no aplicación a la misma de las exenciones a la prohibición de pactos contrarios a la competencia, establecida por la Ley de Defensa de la Competencia y por el Tratado de Roma.

En otras palabras, una relación empresarial será un acuerdo en régimen de franquicia, únicamente en el caso de que en esa relación se produzca una cesión de marca, se trasmita un saber-hacer y se establezca una asistencia continuada al franquiciado durante toda la vigencia de tal relación. La falta de cualquiera de estos aspectos tiene como consecuencia la no calificación de esa relación como “acuerdo de franquicia” y -por tanto-, la no aplicación a la misma de *la exención* contemplada en el Reglamento 4087/88 de la Comisión.

Por otro lado, en el segundo párrafo del comentado art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista hace alusión a otro de los requisitos que se han de cumplir para los que decidan desarrollar la actividad franquiciadora, que no es otro que el de inscribirse en el Registro que la Administración establezca. Requisito cuya finalidad es equilibrar:

* De un lado, la relación entre los contratantes.

* Y de otro, una finalidad preventiva, de forma que para el franquiciador le sea más difícil contratar con franquiciados en base a una información proporcionada por el mismo, que sea engañosa o no responda a la realidad.

Profundizando más en dicho artículo (además de lo que recalcábamos en epígrafes anteriores) observamos como en su tercer apartado trata de la exigencia de que exista una información precontractual que obliga a las empresas franquiciadoras a entregar en un plazo que se ha establecido -mínimamente, en veinte días antes de la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega de cualquier cantidad a cuenta por parte del franquiciado-, una serie de informaciones que parecen imprescindibles y que se engloban en la expresión: “la información necesaria para que éste pueda decidir libremente y con conocimiento

de causa su incorporación”; datos, que deberán abarcar la identificación del franquiciador, el sector de la actividad, el contenido y caracteres de la franquicia y su explotación, la estructura de la red comercial y los elementos esenciales del acuerdo³⁰⁷.

Cuando se desarrolle el precepto podremos disponer de un delimitado elenco de informaciones que necesariamente habrían de facilitarse (como pueden ser, los datos de inscripción en el registro, las cuentas anuales de algún ejercicio, la experiencia de la empresa, su fecha de creación, etc.), circunstancias que se manejan como probables, junto a otras, en el borrador de trabajo del posible contenido sobre la información precontractual sobre el que se pronuncia la Asociación Española de Franquiciadores, siguiendo las recomendaciones del Comité Legal de la European Franchise Federation, elaboradas en Viena en 1995.

2. NATURALEZA JURÍDICA

A) Licencia de marca

La principal polémica doctrinal ha surgido a la hora de determinar la relación de la franquicia con el contrato de licencia de marca. En primer lugar destacan quienes identifican la franquicia con el contrato de licencia de marca³⁰⁸, y en segundo lugar, quienes defienden el tratamiento autónomo de la franquicia con

³⁰⁷ Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., “Análisis del contenido del contrato de licencia de marca desde la perspectiva del derecho de la competencia”, en El contrato de licencia de marca, Edit. Civitas, Madrid, 1999; MARTÍN ARESTI, P., “El contrato de licencia de marca”, Contratos mercantiles (Dir. BERCOVITZ), Thomson-Aranzadi, 2003.

³⁰⁸ Ejemplo claro de dicha afirmación lo tenemos en la jurisprudencia americana, en 1962, en el caso “Susser v. Carvel Corporation”, Trade Cassation, section 70, 350 (SDNY) donde se calificó la marca de un producto como; *“piedra angular” de un sistema de franquicias, conectando con ello la licencia de marca al contrato de franquicia.*

respecto a dicho contrato³⁰⁹. En la doctrina española, entre los que autores que se separan de dicha afirmación -como es el caso de FERNÁNDEZ-NOVOA-³¹⁰, que profundizando más en dicho contrato, ve claras diferencias entre la franquicia y los contratos de licencia de marca, ya que según expone; “el franquiciador ejercita un control activo sobre la explotación empresarial del franquiciado, mientras que el control del licitante sobre el licenciado es un control pasivo”³¹¹; otros autores - como es el caso de RONCERO SÁNCHEZ-³¹², advierten que la franquicia incluye una pluralidad de prestaciones que exceden del contenido de la licencia de marca, ya que ésta tiene como principal fin, la marca como bien inmaterial, mientras que por otro lado la franquicia tiene como principal finalidad, la explotación de un método utilizado previamente por una empresa, que ha sido probado y consecuentemente, ha tenido éxito.

B) Concesión mercantil

De igual modo –como ya hemos observado-, tampoco tendría “necesariamente” la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones productos normalmente de la marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como prestar a los compradores de estos productos

³⁰⁹ En igual sentido, en el caso “Príncipe V. Mc Donald’s Corporation”, en 1980, Trade Cassation, Section 63, 556 (4th Cir.1980), conceptuó la franquicia, *como un contrato de cesión de uso de un método completo de explotar una empresa en el que el moderno franchisee (franquiciado) paga una cantidad no sólo por el derecho a usar la marca, sino también por el derecho de formar parte de un sistema, entendiendo el Tribunal que no sería realista calificar el contrato de franquicia como poco más que una licencia de marca.*

³¹⁰ FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.

³¹² RONCERO SÁNCHEZ, A., *La franquicia... op. cit.*, 2003.

asistencia una vez realizada la venta –ya que el elemento de la transmisión del Know-how no parece tan evidente en este tipo de contratos de concesión³¹³.

Estamos ante un contrato que en principio podríamos calificarlo de consensual, pero que requiere determinados requisitos formales sino quieren incurrir en competencia prohibitiva o desleal los contratantes. Destaca la afirmación realizada por RUIZ PERIS³¹⁴ al señalar, que “no existe aún una posición unánime en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de estos contratos y consecuentemente respecto el régimen jurídico aplicable a los mismos más allá de lo dispuesto por las partes en el contrato, con los límites legalmente establecidos por el art.1255 del Cc al de la voluntad contractual”.

C) ¿Típico o atípico?

Entre las distintas posturas, podemos destacar la minoritaria, entre la que destacamos a autores como RUIZ DE VELASCO³¹⁵, que considera a la franquicia como un contrato típico, puesto que está recogido en la Ley de Marcas y de Patentes. Otras posturas expresan que el contrato de franquicia ha ganado el reconocimiento de contrato autónomo y afirman que su naturaleza jurídica es la de un contrato típico mixto, que integra bajo una única causa prestaciones y contraprestaciones correspondientes a diversos contratos -típicos y atípicos-. Y

³¹³ *Vid.* Art. 2.3 del Real Decreto 2485/1998, en su redacción dada por el Real Decreto 419/2006, de 7 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2485/1998, de 13 de Noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores.

³¹⁴ RUIZ PERIS J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi S.A., Madrid, 2000, pág. 318.

³¹⁵ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, 3ª ed., 2007, pág.857.

por último existen igualmente afirmaciones – VICENT CHULIÁ ³¹⁶, en las que se señala, que estamos ante un contrato complejo y atípico, sinalagmático, y basado principalmente en el principio de libertad contractual, que tiene una naturaleza mercantil y debe basarse en la mutua confianza entre las partes.

D) Los principios del derecho de contratos europeos

En Derecho europeo, se formuló una propuesta de Código Civil europeo por el llamado “Grupo de Pavia”, presidida por el profesor GANDOLFI, con una regulación general del Derecho de obligaciones y contratos, y unos principios, los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL), formulados por la Comisión Lando (por estar presidida por el Prof. OLE LANDO), que establecen una serie de principios y reglas generales aplicables a cualquier contrato.

Ninguna de estas propuestas distinguía entre contratos civiles y mercantiles, ni se excluye la contratación con consumidores, a pesar de que se incorporan matices o requieren mayores requisitos en las normas cuando una de las partes del negocio o ambas, son consumidores. Para la mejora y coordinación de las normas ya existentes se creó el *Research Group on EC Private Law* (Aquis Group), que culminó una primera parte de su labor con la publicación de los principios de Derecho europeo y de un libro que recoge las normas sobre obligaciones precontractuales, conclusión del contrato y cláusulas abusivas.³¹⁷

³¹⁶ VICENT CHULIÁ, F., “La transmisión de derechos de propiedad industrial. Especial atención al contrato de licencia de patente”, (Dir. BISBAL, J., Y VILADÁS, O.) *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Barcelona, Ariel, 1990, págs. 174-185.

³¹⁷ Para la formulación de principios y reglas se creó el *Study Group on a European Civil Code*, que ha ido publicando volúmenes con sus propuestas en diversas materias, no únicamente contractuales.

Este derecho privado europeo parece acoger un concepto amplio de contratos de distribución, en su introducción, hacía referencia a un grupo de acuerdos verticales, pero parecía tratarse más bien que los contratos de distribución regulados en los PECL, se correspondían más bien con los contratos de suministro, pues se trataba de relaciones contractuales entre vendedores y compradores, sin referencia alguna a la actuación dentro de la red comercial ni con los distintivos del suministrador. Por lo que no se ha optado por una denominación genérica de todas estas figuras (como contratos de distribución), sino por la mención conjuntiva de las tres y la regulación independiente de cada una de ella, aunque con algunas normas generales comunes.

E) Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución

La fallida propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución (PALCD) –cuyo estudio profundizaremos más adelante-, estaba inspirada parcialmente en este derecho europeo, en la misma se definía a los contratos de distribución como:

Aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obligue a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable.

Dentro de este concepto se incluirían las modalidades de contrato de compra en exclusiva, contrato de venta en exclusiva, el contrato de distribución autorizada, el contrato de distribución selectiva, el contrato de concesión mercantil, y el contrato de franquicia. (Art. 2 PALCD)³¹⁸.

³¹⁸ Vid. “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº2, *La Ley*, Madrid, 2008, págs.287-298.

F) Consideración final

Así pues, nosotros concluimos afirmando y decantándonos porque, aún cuando es cierto que la mayoría de las normas relativas al contrato de franquicia, buscando directamente la defensa de la libre competencia, presentan una naturaleza mercantil, es posible que dicho régimen se muestre poliédrico, en la medida en que sus reglas, pese a dicho fin, habrían de tener un reflejo en el contenido jurídico-privado del contrato. Y de otro lado, que probablemente, lo más correcto para algunos sea entender que, en la actualidad, la franquicia es un contrato que goza de cierta tipicidad de configuración, aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia, pero sostenemos que nos encontramos con un contrato atípico³¹⁹, que fundado en la libre voluntad de los contratantes, está llamado a internacionalizarse -ante la aptitud que demuestra para la consecución satisfactoria de los fines pretendidos con su existencia -, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial, por razón de las circunstancias económicas y sociales convergentes.

De un modo general podemos destacar para concluir que los caracteres de este contrato muestran que se trata de un contrato atípico³²⁰, si bien debe

³¹⁹ Tesis sostenida igualmente por el Tribunal Supremo en las Sentencias, 29/9/1996 (en la que, tras recordar que el contrato de franquicia deriva del tipo contractual del Derecho norteamericano denominado “franchising”, declara que, “como manifestante de una situación contractual que no tiene reflejo en Derecho Positivo, debe estimarse como enclavado dentro del área de los denominados contratos atípicos”) y la Sentencia 30/4/1998 (ambas citadas en la STS 21/10/2005). Igualmente otras, expresan explícitamente en su resolución –como el caso de la STS 9/3/2009- que, “aún siendo un contrato nominado, es atípico en todas sus vertientes”.

³²⁰ Considerando que la tipicidad es una condición local, propia de cada ordenamiento jurídico como hemos estado desarrollando en estas reflexiones.

reiterarse su consideración como socialmente típico, complejo y, desde su reconocimiento jurisprudencial, autónomo; que puede incluirse dentro de los contratos complejos o mixtos, pues participa de la naturaleza de varios contratos - así puede considerarse como una modalidad del contrato de arrendamiento del contrato de bienes y servicios, o como un contrato de opción-; un contrato que se perfecciona por la mera concurrencia del consentimiento de las partes, de ahí su carácter consensual y que genera obligaciones para ambas partes contratantes, por lo que es un contrato sinalagmático perfecto³²¹; encuadrable entre los contratos

³²¹ Artículo 1258 C.c.: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.* En concordancia con los artículos; art. 1254 del mismo Código: *El contrato existe desde que una o varias personas consisten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.* Art. 1262 del C.c.: *El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.* (Redactado por el número uno de la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico); art. 57 del Código de Comercio: *Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.* Artículos 10 y concordantes de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; art. 65 de la Ley Generala para la Defensa de Consumidores y Usuarios: *Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.* Y art. 83 de la misma: *Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de*

de colaboración - siguiendo una clasificación con la que nos mostramos partidarios- podríamos enmarcarlo también, entre los contratos de distribución, entre los afines a la compraventa, e incluso, entre los contratos de financiación, dependiendo del énfasis que se haya puesto en una u otra cuestión en el condicionado general concreto; un contrato que es extraordinariamente versátil, puesto que la base del mismo es la libertad contractual, como proclama nuestro Código de Comercio. No debe olvidarse tampoco en este punto, la propia esencia del contrato que consideramos, puesto se trata, según hemos dicho, de una concesión comercial ordinaria que se complementa con un pacto de exclusiva y con el derecho y la obligación del franquiciado de utilizar los signos distintivos y las técnicas comerciales del franquiciador, quien le prestará a este fin, la asistencia técnica necesaria y lo supervisará a cambio de una contraprestación económica,³²² sin olvidar que ambas partes franquiciador y franquiciado, son -o al menos suelen ser- empresarios, por lo que este contrato por su propia naturaleza, por la presencia indeclinable de una empresa -que son dos finalmente-, y por una interpretación analógica sugerida por el Código de Comercio, como ya hemos señalado, debe considerarse como un contrato mercantil al que le serán de aplicación las normas de los contratos mercantiles.

las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

³²² Cfr. ANGULO RODRÍGUEZ, L., "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", *Derecho mercantil* (Coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Barcelona 1997, pág. 266. (Y en todas las ediciones posteriores de la obra en las que mantiene la misma posición).

3. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Para que exista un contrato es imprescindible el consentimiento de las partes (Art. 1261.1° Cc), y para que tal consentimiento nazca es necesaria una oferta y una aceptación coincidentes.³²³

A) Regulación de intereses privados

Desde un punto de vista general, el problema de la formación de los contratos puede asimilarse al de la realización de un acto de la regulación de los intereses privados, susceptibles de diversas soluciones, según el criterio que se adopte para determinar el momento en que puede localizarse su celebración. Dentro del contrato, el particular, debido a la estructura y a la función del mismo, necesita que para su celebración deban concurrir y concordar en su contenido, los actos de las partes que intervienen en la autorregulación de intereses. La observación de la realidad nos muestra que, por lo menos en los casos de mayor relieve, a ese resultado sólo se llega después de una fase de negociaciones preliminares -a veces largas y difíciles-, y a la que sigue otra fase -indispensable siempre-, la de emisión y el cambio de los actos con los cuales cada parte contratante expresa su decisión³²⁴. Se trata de un procedimiento a menudo

³²³ Cfr. PÉREZ – SERRABONA GONZÁLEZ, F. Javier, “La vendite a distanza e il perfezionamento del contratto nel diritto spagnolo”, *Le Corti Umbre*, Edit. Scientifiche Italiane, Quadrimestrale di Giurisprudenza Dottrina e Legislazione Regionale, Settembre-Dicembre, Perugia, 2013, págs.702-744; cuando el autor –al referirse a la formación de los contratos-, realiza el estudio de la oferta y aceptación por parte de los contratantes.

³²⁴ La doctrina ha venido haciendo una clasificación y distinguiendo tres períodos en la vida de los contratos: en primer lugar la denominada, “generación”, en la que podíamos incluir estos tratos preliminares; en segundo lugar, la “perfección”, consistente en el nacimiento del contrato, y éste se producirá al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta, se realizará por el mero

complejo y de cierta duración, que plantea al derecho una serie de problemas relativos a la relevancia de las varias fases y a la determinación del momento en que se celebra el contrato; problemas que a su vez el ordenamiento resuelve de forma muy distinta, como lo enseña la experiencia histórica, que en el ánimo de simplificar el análisis, pueden reducirse en dos fundamentales: puede estatuir como ocurría en la época antigua, que la formación del acuerdo dependía de actos solemnes y considerar que únicamente es un acto conclusivo –y formal- que tiene relevancia para el derecho-; o bien, puede referirse a las varias fases del proceso de formación del contrato, ampliando las consecuencias jurídicas, y hacer coincidir la formación de aquel con la realización efectiva del acuerdo, que es la solución generalmente acogida por el derecho moderno y, por lo demás, la única concordante con el reconocimiento del contrato como instrumento de alcance general para la regulación de los intereses particulares.

Tal planteamiento encuentra en el Código italiano, una expresión significativa e inmediata en la disciplina legal de la materia de las negociaciones preliminares, tan debatida en la doctrina y la jurisprudencia menos reciente. La fase de dichas negociaciones -sobra indicarlo-, precede a la fase formativa propiamente dicha, constituye un momento preliminar y no necesario, y se concreta en una serie de actos que de suyo no son vinculantes en cuanto se refiere a la celebración del contrato, pero que sí son susceptibles de asumir en la

consentimiento de ambas partes y; por último, la “consumación”, que será el cumplimiento del fin para el cual fue creado el contrato, es decir la realización y efectividad de las prestaciones derivadas de la norma. En este sentido; *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil patrimonial”, *Introducción teoría del contrato*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pág 267; en los mismos términos, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, 10ª ed, Madrid, 1967, pág 463, y, PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de derecho civil”, Tomo II, Vol. I, *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1978 pág.173, entre otros. Así también quedo establecido por via jurisprudencial en la Sentencia de 18 de enero de 1964 del TS (Aranzadi, N° 204).

práctica un cierto relieve dentro de esa finalidad, por lo menos en los negocios de mayor importancia (que requieren en verdad un intercambio preventivo de comunicaciones, proyectos, etc., luego de lo cual es posible lograr el acuerdo punto por punto). El problema que el legislador se plantea a este propósito es el de compaginar la libertad de acción de las partes, que no debe tener restricciones durante esa fase preliminar, con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objeto de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuente de daños³²⁵. El Código italiano –prosigue–, el art. 1337³²⁶, pretende resolver en principio la cuestión, cargando a cada uno de los sujetos que intervienen con el deber de comportarse de buena fe, y con el mismo propósito considera de mala fe al contratante que transgrede tales deberes y, por ejemplo, inicia las negociaciones preliminares sin ninguna intención de celebrar el contrato o las interrumpe por capricho (eso sin que interese saber si obró con dolo o negligencia). El mismo Código italiano, en su art. 1338³²⁷ prevé una hipótesis específica de culpa precontractual, cuando las partes que conociendo o debiendo conocer la causa de la invalidez del contrato, no haya dado noticia de ella al otro

³²⁵ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, F., *El contrato de franquicia...*, op. cit., págs. 293 y ss.

³²⁶ Art. 1137 cc: *Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno.*

³²⁷ Art. 1338 cc: *La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.*

contratante, estando obligado a resarcirle el daño que haya sufrido (que sin incurrir en culpa, confió en la validez del acto).

B) Tratos precontractuales

Por lo que vamos deduciendo, el período inmediatamente anterior a la perfección de contrato, conocido por todos como los tratos preliminares o precontractuales³²⁸, resulta especialmente relevante en el seno de las redes contractuales en general, y en el de las redes de franquicia, en particular. El polémico campo de estos deberes precontractuales –y en especial, el de información, uno de los deberes dimanantes de la *bona fides in contrahendo*, y a la responsabilidad por la ruptura injustificada de las negociaciones, *culpa in contrahendo*, como efecto jurídico más característico de su vulneración³²⁹-, aparecen en escena como la mayor problemática jurídica para la formación del contrato con la finalidad de concluirlo con éxito.

³²⁸ Hasta hace algunos años, los tratos preliminares, no tenían relevancia jurídica, de hecho con frecuencia grandes tratadistas civiles, ni siquiera los enunciaban al momento de redactar sus afamados tratados sobre obligaciones, pero estos resurgieron con la nueva contratación moderna y con el proceso de declinación del formalismo de los códigos civiles. Son los seguidores de la escuela clásica quienes, incluso manifiestan que el consentimiento nace entre el concurso de la oferta y la aceptación, olvidando el periodo de formación, propiamente el periodo de los tratos preparatorios. Entre estos exponentes se encuentra principalmente en la clásica y codificadora escuela francesa a: PLANIOL, M. et RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil Francés*, Tomo VI, Trad. DÍAZ CRUZ, Edit. Cultural S.A La Habana, 1945; RIPERT, G. et BOULANGER, J., *Traite de droit civil*, Tomo II, 1957; GAUDEMET, E., *Théorie général des obligations*, Tomo I, par Desois, H et GAUDEMET, J., 1965; JOSSERAND, L., "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, *Teoría general de las obligaciones*, Eds. jurídicas Europa-América, Bosch, Buenos Aires, pág 40.

³²⁹ Aunque como hemos señalado con anterioridad, estos tratos preliminares como indica parte de la doctrina, no necesariamente tienen naturaleza polémica. En este sentido véase, RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*. I. Le fasi del procedimento, Guiffrè, 1996, pág. 54

Que un contrato -o nuestro caso ahora, unas relaciones o tratos preliminares o precontractuales-, se puede celebrar entre personas distantes a través de cualquier medio que pueda transmitir su voluntad, es evidente. Si los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1.258 Cc)³³⁰, y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1278 Cc)³³¹, bastará para cualquier medio de comunicación, que permita transmitir y conocer fiablemente las declaraciones de voluntad³³².

Pero debemos resaltar que la mayor parte de la doctrina –a los cuales nos sumamos-, estima que estos tratos preliminares que tienen ambas partes –y que en la mayoría de los casos es entre ausentes-, no son obligación *sine qua non* de concretarlos y aceptarlos en un contrato o acuerdo final por las partes contratantes; es patente que rige el principio de autonomía de la libertad para que

³³⁰ Dicho artículo, impone a los contratantes, no sólo el cumplimiento de lo expresamente pactado sino también las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, de suerte que sólo una alteración sobrevenida y verdaderamente extraordinaria de las circunstancias contempladas al celebrarse el contrato justificaría la siempre excepcional modificación de su contenido por la denominada cláusula *rebus sic stantibus* (STS 26-06-08, 25-01-07 y 17-11-00, entre otras muchas), ninguna duda cabe de que la demandada recurrida en dichas sentencias, al dejar por completo de encargar servicios al actor-recurrente estando vigente el contrato, incumplirá su prestación esencial para con dicho contratante. (Sentencia 19 febrero 2010, rec.2411/2005, La Ley 3092/2010).

³³¹ Como dice la STS de 30 de mayo de 1983 (y se mantiene inalterado en el vigente Código Civil español), “el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impone la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que serán obligatorios, cualquiera que sea la forma, en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

³³² *Vid.*, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. Javier, “Los cambios producidos en la contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas. Un análisis desde el punto de vista de la evolución del ordenamiento jurídico español”, *Revista Jurídica Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*, N° 128, 2014, págs.199 a 243.; ya que casi siempre, esta información obligatoria precontractual se produce en ausencia de ambas partes contratantes.

ambas partes, tras exponer sus ideas, puedan llegar a la celebración o no definitiva del contrato; pero si existe mucha más duda –y problemática-, si se ha establecido una situación jurídica precontractual, y ambas partes han actuado de “buena fe”.³³³

Tenemos que aclarar que en la franquicia, la buena fe –exigible en toda la fase precontractual-, demostrará siempre que esté fuera de toda falsedad; que constituya el fiel reflejo de la realidad y es coherente con las circunstancias, que maneje datos reales y no datos interpretativos de un pasado histórico; y en el mismo sentido, que con la información necesaria³³⁴ -que deberá aportar al

³³³ *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II, Edit. Tecnos, 9ª ed, 2005. Página 64.

³³⁴ En este sentido véase el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, en donde en su art 3, exige que debe incluir esa información precontractual: *datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda. Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengán obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador; acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia; descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél; experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada; contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta*

franquiciado con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o a la entrega de cualquier pago-, esta muestra de buena fe, igualmente propiciará que el futuro franquiciado, pueda decidir libremente –y sin ningún vicio-; y todo ello coadyuvará a que el fundamento de esa buena fe en los tratos precontractuales del acuerdo de franquicia, será la propia protección del franquiciado, quien en esos momentos parece encontrarse en una situación de desigualdad jurídica fáctica asimilable a la que concurre en los consumidores.

C) Argumentación final

El contrato de franquicia podía considerarse –en nuestra opinión-, como un tipo de contrato de adhesión, en donde su articulado vendría a funcionar de la misma forma que un contrato de seguro, en el cual las condiciones generales vendrían impuestas por la empresa aseguradora –en nuestro contrato, la empresa franquiciadora-, estableciendo en cada uno de los contratos unas cláusulas típicas, teniendo la otra parte contratante –asegurado, en nuestro caso

en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados. estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción; elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

franquiciado-, la alternativa de aceptar o rechazar el contrato de seguro –en este caso, de franquicia-, y ambos, al prestar la adhesión expresa, dichas condiciones generales, quedan incorporadas al contrato.³³⁵

Parece, que la obligación de la información previa obligatoria que ha de prestar el franquiciador a su potencial franquiciado, no es más que una respuesta del legislador, a la especial fragilidad del franquiciado, y decimos fragilidad, porque queda supeditado a que en un futuro pueda ser protegido jurídicamente debido a que esa previa información –insistimos de obligado cumplimiento-, de suministrarle tales preceptos, fuera inexacta o peor aún, realizada con mala fe, y en definitiva pudiera viciar su consentimiento en la consecución del contrato o acuerdo final. Además debemos añadir que los preceptos y obligaciones referidos en el citado art. 3 del nuevo RD 201/2010, no constituyen un “numerus clausus” acotado a los mismos, sino que, como el propio articulado cita, la información necesaria a recibir por parte del franquiciado, queda supeditado a otros puntos “básicos o necesarios” que pudieran influir en la toma de decisión final por parte del mismo (Art.3.6).

En definitiva, la cuestión principal será determinar si la ruptura de estos acuerdos preliminares o precontractuales, ha sido justificada o no, esto es, si ha habido o no una actuación contraria a la buena fe y, en su caso, cuáles de los gastos en los que han incurrido las partes son especulativos y, por ende, constituyen riesgo ordinario de la negociación –es decir, riesgos inherentes a todo

³³⁵ Cfr. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales*, Edit. Comares, 1993; Idem, *En torno a la interpretación de las condiciones generales del seguro*, Granada, 1987.; en el mismo sentido se pronuncian a favor de denominarla este tipo de acuerdos, “contratos de adhesión”. Y con el mismo criterio, las Sentencias del Tribunal Supremo, en concreto de su Sala 2ª, de 5 de diciembre de 1989, de 27 de noviembre de 1989 y de 10 de junio de 1991, entre otras muchas.

negocio-, y cuales constituyen inversión con causa en el negocio proyectado –es decir, aquellos que no hubiésemos realizado si no fuera como consecuencia del potencial o futuro negocio de la franquicia que íbamos a implantar-, cuya finalidad se ha visto frustrada y pueda llegar a ser indemnizados³³⁶.

4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

El contrato de franquicia es un contrato bilateral, sinalagmático y complejo, donde intervienen dos figuras fundamentales; franquiciador y franquiciado. Si atendemos a la estructura jurídica del contrato, donde parece posible distinguir entre operación económica y contrato *strictu sensu*, el contrato se presenta como un contrato marco respecto a los derechos y obligaciones del franquiciador y el franquiciado, mientras que si observamos este contrato desde una óptica económica, la franquicia se presenta como una operación de expansión comercial articulada mediante un entramado jurídico triangular formado por franquiciador y

³³⁶ Confróntese la doctrina en referencia a la formación del contrato; CUADRADO PÉREZ, C., Oferta, aceptación y conclusión del contrato, *Publicaciones del Real Colegio de España*, 2003, pág. 33; Díez- PICAZO, L., *Fundamentos...op. cit.* pág.309; ALONSO PÉREZ, M., *La Responsabilidad precontractual...op.cit.*, pág.865; GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Edit. Tecnos, 1991, pág. 121; MORENO QUESADA, B., *La oferta del contrato*, Nereo, 1963, págs. 23 y ss.; ALBIEZ DOHERMANN, K.J., “Comentario a la sentencia del TS de 31 de diciembre de 1998”, *CCJC*, Nº 50, 1999, págs.693 y ss; OSORIO MORALES, J., *Lecciones de derecho civil. Obligaciones y contratos* (parte general), 2ª ed., revisada y puesta al día por OSSORIO SERRANO, J.M., Edit. Comares, Granada, 1986, págs.14-216; LALAGUNA DOMINGUEZ, *Sobre la perfección de los contratos,... op.cit.*, págs.1141-1142; ROGEL VIDA, *Momento y lugar...*, *op.cit.*, pág.1262; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pág.309; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. I. *Doctrina general del contrato*, *op.cit.*, págs. 201-202; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., VERGEZ, M., “El contrato mercantil”, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, dirigido por URÍA y MENÉNDEZ, Edit. Civitas, Madrid, 2001, págs. 36-37; entre otros.

franquiciado, en el que ambas partes intervienen en la ejecución de la operación económica, y en la que ambas son empresarios jurídicamente independientes entre sí, actúan en nombre propio y por su cuenta, pero que mediante la correcta ejecución de la operación económica surgida entre ambas, se satisfacen los intereses subjetivos de las partes en la medida en que la operación presenta un propósito global común: la explotación del modelo de empresa en un determinado territorio.

A) Franquiciador

Desde una perspectiva meramente contractual, dicha operación económica se estructura a través de la celebración de un contrato, en la que una de las partes, el franquiciador, es el empresario que otorga el derecho a explotar el modelo de empresa, es el titular del mismo, el dueño de ese conjunto de elementos patrimoniales organizados que, en su conjunto y ensamblaje, constituye el bien jurídico inmaterial objeto del contrato. Dicho franquiciador debe situar en una posición jurídica tal a la otra parte, para que le permita a esta, su correcta ejecución de su obligación principal: expandir el modelo de negocio con sus buenos usos. Como particularidad, cabe señalar que en el seno de un contrato de franquicia, con independencia del sector al que se aplique, incluido el de la distribución, el objeto de la transmisión, habitualmente, será como hemos expuesto, una auténtica licencia de marca. En relación con el know-how, además el franquiciador deberá transmitir aquellos conocimientos secretos, propios y característicos de la red, para que llegue a la otra parte; al igual que el adiestramiento y el asesoramiento en materia de formación y asistencia, para que la explotación sea continua de éxito empresarial -y como veremos, satisfacción y motivación personal-.

B) Franquiciado

Otro elemento esencial del contrato es la otra parte, el franquiciado; empresario independiente, que en ningún caso puede equiparse al consumidor³³⁷, ni siquiera en el caso de que el posterior contrato se firme con una persona que no posee la condición de empresario en el momento anterior a la estipulación del mismo y por la razón que fuese el contrato no llegará a implementarse³³⁸.

³³⁷ Así se han pronunciado en reiteradas ocasiones los Tribunales españoles en sedes de Audiencias Provinciales. Podemos traer a colación entre otras las Sentencias de la AP de Málaga, de 3 de julio de 2005, la AP de Barcelona, de 21 de septiembre de 2004, la AP de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2003 y de 29 de noviembre de 2002. E igualmente en la doctrina, DÍAZ PEREIRA, A.L., La franquicia de empresa ("franchising"), *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXII, Universidad de Coimbra, 1997, págs. 251 y ss; MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia...op.cit.*, 2007.

³³⁸ En este sentido se pronunció la clásica Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1997, donde en el supuesto de autos se planteaban al Tribunal, como cuestión prejudicial, si debía considerarse que el demandante era un consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13, y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas, respecto a un contrato que el demandante celebró para un uso relacionado con una actividad profesional ya ejercida, sino para un uso relacionado con una actividad profesional que debía iniciarse en el futuro, en este caso, un acuerdo de franquicia para la apertura de un establecimiento comercial propio. A ello el TJCE señaló que "...por lo que se refiere al concepto de consumidor, el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define a este como una persona que actúa "para su uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional". Según jurisprudencia reiterada, del tenor y de la función de esta disposición resulta que ésta sólo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (Sentencia TJCE, de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, Rec.p. I-139)... De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona... Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una

C) El establecimiento comercial

Consideramos interesante para comprender la complejidad de la relación que surge a través del contrato de franquicia abordar un nuevo elemento del mismo como es el que constituye el establecimiento comercial en su rica y multifacética realidad. Hemos expresado que una característica sustancial de la franquicia es que a través de un acuerdo se busca recrear un negocio, esto es, duplicar una organización, establecer y copiar un establecimiento comercial. Se han extendido el uso internacional de una serie de expresiones para denominar a este, tales como “casa mercantil”, “fondo de comercio”, “empresa comercial”, etc., todos ellos para nosotros sinónimos que identifican un mismo concepto jurídico que involucra en nuestro derecho el establecimiento comercial y el industrial.³³⁹

Se trata pues de una realidad jurídica unitaria integrada por elementos heterogéneos de posible de apropiación, que puede ser un objeto de negocio jurídico, constituyéndose entonces en una individualidad jurídica³⁴⁰.

actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. Por tanto, es conforme con la letra y el espíritu, así como con el objetivo de las disposiciones consideradas, afirmar que el régimen particular de protección que éstas introducen sólo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura. Procede, pues, responder a la primera cuestión que el párrafo primero del artículo 13 y el párrafo primero del artículo 14 del Convenio deben interpretarse en el sentido de que el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor”.

³³⁹ Como señala, MASCHERONI LEMES, J.I., *Franchising*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay), 1999; “El establecimiento mercantil es el conjunto de medios idóneos materiales e inmateriales, con los que organizados por un comerciante, éste explota determinada especie de comercio, en un complejo coordinado para el ejercicio del mismo”.

³⁴⁰ En todas las disposiciones contenidas en los Códigos latinoamericanos, equivale al concepto de “negotium” o negotiatio del derecho romano, que significa y es abarcativo de todo el

Algunos conciben –caso de VALERY, ENDERMANN, BOUTARD, CHABROL-³⁴¹ el establecimiento comercial, como una persona jurídica, partiendo de la base de que existe de hecho separación entre los elementos del patrimonio del individuo que se dedican a su profesión comercial, de los que constituyen el resto de sus bienes personales. Otros sin embargo han expuesto la teoría del patrimonio autónomo, sugiriendo que el mismo tiene existencia propia por estar destinados todos sus elementos (materiales e inmateriales) a un mismo fin. Algunos juristas italianos lo conciben como una universalidad jurídica, constituida por un conjunto de bienes y derechos reunidos por imperio del derecho, formando un patrimonio compuesto por activo y pasivo, sujeto a una administración distinta a la de sus bienes del propietario³⁴². Otros, como SEPERVIELLE³⁴³, no atribuye al establecimiento comercial una determinada naturaleza jurídica, es más, no la define en forma expresa, sino que en una variada cantidad de normas referidas a distintas materias se refiere al mismo, y como señala la doctrina, el legislador da

complejo de bienes que constituían el patrimonio del comerciante. En otros lugares se llamó como en Francia y Bélgica, “Fonds de commerce”, que como enseñan BOUTARD y CHABROL, *Traité générales des fonds de commerce*, se designan a; *on designe, sous nom de fonds de commerce, l’ensemble des objets corporels et valeurs incorporelles, en moyen desquels un commerçant ou un industriel exercent leur profession*. En el derecho italiano se trata de la “azienda commerciale”, patrimonio destinado a producir beneficios y riquezas, esto es un complejo orgánico de medios materiales de producción (capital y trabajo) y medios inmateriales (crédito, prestigio, marca). Por otro lado el derecho alemán y austriaco lo conciben como un complejo que se subsume en una universalidad con identidad propia como conjunto, el “Geschaeft on Hendelsgeschael”.

³⁴¹ Cfr. BOUTARD y CHABROL, *Traité générales des fonds de commerce*, París.

³⁴² El art. 2555 del Código Civil Italiano de 1942, define a la “azienda” como: “L’azienda é il complesso dei beni organizzati dall’ imprenditore per l’esercizio dell’ impresa” (Es el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa).

³⁴³ Vid. SUPERVIELLE, B., *El establecimiento comercial. Noción, disciplina, naturaleza*, Edit.Ex libris, Montevideo, Uruguay, 1953.

como entendido que el establecimiento comercial, es un bien susceptible de ser apropiado y de ser objeto de negocio jurídico.

D) Los terceros afectados por el contrato.

Un último elemento que nos atrevemos a citar dentro del contrato de franquicia –incluso como esencial-, lo constituyen los terceros afectados por el mismo. Indudablemente el contrato que estudiamos es un acuerdo bilateral que surtirá efecto entre los contratantes, pero esta primera conclusión lógica cuando el franquiciador concede una autorización, lo hace para desarrollar una red con la intención de expandir su negocio, veremos más adelante que uno de los elementos claves es la adjudicación de un territorio, todo ello, es la manifestación de supuestos que ocurren en la práctica que indudablemente pueden afectar a terceros ajenos en el contrato, que no son partes o sujetos del convenio, y ello podrá ocurrir toda vez que el franquiciador conceda autorizaciones que de alguna manera puedan afectar al interés de los demás franquiciados. Hemos insistido en la necesidad de coordinación, uniformidad y metodología en las duplicaciones o reproducciones del negocio que se llevan a cabo. Producto de esto es la rígida metodología que se establece a través de manuales operativos, en un convenio normativo, tipo generalmente de adhesión, con la finalidad de concretar relaciones idénticas, con iguales características. Tal afectación de intereses de terceros puede surgir si el franquiciador resuelve conceder autorizaciones radicalmente diferentes a las anteriores, en un esquema más flexible que conceda mayores libertades al franquiciado por ejemplo con grados mayores de autonomía en el manejo del marketing del negocio, u otro tipo de disposiciones que le facultan a actuar con criterios propios. Como puede advertirse hay una serie de situaciones en las cuales el otorgante da condiciones nuevas, dando mayor libertad de acción a un franquiciado, puede generar acontecimientos en los cuales se produce un claro perjuicio a los otros integrantes de la red. Vale decir que estamos ante terceros – respecto del contrato-, que igualmente están sufriendo –aún siendo en

ocasiones de manera colateral-, los efectos jurídicos de la nueva relación –o potencial, acuerdo de franquicia-. Todo ello en la práctica, está siendo objeto de múltiples conflictos que en ocasiones son difíciles de resolver ya que no se puede prever con antelación las contingencias por las cuales va a transcurrir la relación entre ambas partes contratantes y su posible afectación a terceras partes.

Por tanto concluimos exponiendo que los elementos esenciales del contrato, además de las partes contratantes e intervinientes –franquiciador y franquiciado-, lo constituyen el establecimiento comercial -donde radicará el negocio-, y los terceros afectados por la consecución del mismo.

5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

A) Obligaciones del franquiciador

Tras el perfeccionamiento del contrato, surgen derechos y obligaciones para ambas partes. Como dice MASCHERONI, “el franquiciador a través del convenio que da nacimiento a la relación de Franchising, asume una serie de deberes y adquiere una contrapartida de derechos”.³⁴⁴

La principal obligación por parte del franquiciador corresponde a la transferencia de conocimientos, esto es, el traspaso de todos los conocimientos necesarios para el desarrollo del contrato. En este sentido, debe asumir una labor de instrucción del franquiciado que implicará impartir una exhaustiva formación inicial.³⁴⁵

³⁴⁴ Vid. MASCHERONI LEMAES, J.I., “Introducción al Franchising”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Nº 65-66, Uruguay, 1997.

³⁴⁵ Ésta suele ser tratada a menudo en secciones independientes del contrato realizándose normalmente entre una formación inicial y otra continuada. Al principio, la formación inicial y el estudio de los manuales deberían permitir al franquiciado adquirir todos los elementos del sistema de franquicia, en particular el know-how del franquiciador, que le permitirá dirigir sin

Otra obligación inexorable del franquiciador es la de tener registrados todos los signos distintivos que va a ceder y que van a permitir al potencial franquiciado, que -al utilizar los mismos-, su negocio, goce de un éxito similar al resto de los

ningún problema una unidad de franquicia. Con mayor importancia, la formación inicial debería brindar al franquiciado todos los elementos necesarios para el establecimiento y administración de una red de franquicia, incluyendo lo exigido para el plan de mercadotecnia y venta de las unidades de la franquicia y la dirección efectiva de la red. Igualmente, debería además enseñar habilidades específicas, tales como por ejemplo, el uso de un software informático particular o el manejo de maquinas sofisticadas. La prestación de esta formación inicial no es tarea fácil, muchos franquiciadores por lo tanto exigen que los franquiciados asistan a los cursos de formación que ofrecen en su propio país y escuela de formación, sin embargo debería observarse que el nivel de enseñanza ofrecido por los franquiciadores variará, en cualquier caso en el relativamente corto periodo de tiempo que dura la formación inicial, el franquiciado no podrá adquirir todas las habilidades y know how que el franquiciador ha desarrollado y que son el resultado de la experiencia de muchos años, seria por lo tanto aconsejable que este know how se transcribiera en un "manual". Además esta formación inicial debería permitir al franquiciador formar a sus futuros franquiciados en sus instalaciones de formación. Es tal la importancia de esta formación, que deberán reflejarse en el contrato de franquicia indicando claramente cuanto tiempo durará, donde tendrá lugar, en qué idioma se conducirá y cuáles serán sus partes componentes. La posibilidad de introducir cambios a este respecto, como por ejemplo un cambio en el lugar donde se realizará el curso, debería ser prevista, al igual que los costos del mismo, que en la mayoría de los casos corresponde al franquiciador aunque no todos, ya que los gastos de desplazamiento, los costos de alojamiento y otros parecidos, corresponderían mayormente al franquiciado. En materia de formación continuada, la UNIDROIT ha dicho que: "en la mayoría de los casos es aconsejable que tengan lugar regularmente en el curso de la relación programas de formación adicional para el franquiciado y/ o sus representantes. El propósito de tales programas de formación continua es mantener al franquiciado al día de los progresos y mejoras al sistema de franquicia. Como estos programas de formación adicional en la mayoría de los casos tienen lugar en los locales o en las instalaciones de formación del franquiciador, de esta forma permiten un contacto regular entre los franquiciados actuales y los potenciales, al igual que con las personas que ocupan los cargos de dirección y ejecución. Es también recomendable que se establezcan claramente la duración de los programas de formación continua, lo que suponen los compromisos económicos de cada una de las partes. Dependiendo de la naturaleza de la franquicia implicada, estos programas de formación adicional pueden ser opcionales u obligatorios.

negocios expandidos por la red comercial. Al integrarse los franquiciados al nuevo establecimiento, identificarán a éste como un negocio prestigioso, ya que al lucir signos y emblemas conocidos, ya involucrarán a la unidad en un concepto fácilmente reconocible por el público. A su vez, ya celebrado y formalizado el contrato, el franquiciado seguirá sin estar autorizado para conceder el uso de la propiedad industrial otorgado por el franquiciador a terceros, excepto claro está, si se trata de una franquicia maestra³⁴⁶.

Por otro lado, el franquiciador está en la obligación de proteger al franquiciado de eventuales reclamaciones de terceros sobre la propiedad industrial concedida. El franquiciador debe garantizar el uso y goce pacífico de la propiedad incorporal concedida al franquiciado, esto es, está obligado a proporcionarle el derecho sobre ese conjunto de bienes que integran la propiedad industrial, y en consecuencia, le debe procurar la posesión legal y pacífica de los elementos transmitidos³⁴⁷. E igualmente, está obligado “al saneamiento cuando algún vicio o defecto afecte la organización del conjunto patrimonial transmitido, que impida en última instancia, el que se pueda alcanzar la finalidad económica perseguida por el franquiciado al contratar” –como señala HERNANDO RODRÍGUEZ-³⁴⁸.

Vale la pena apostillar, que el franquiciado no puede realizar modificaciones de ninguna índole a los signos distintivos, al rótulo, a los anagramas y/o a la publicidad del franquiciador, y está obligado de publicitar su negocio en la misma

³⁴⁶ Figura del master- franquicia.

³⁴⁷ *Vid.* HERNANDO RODRÍGUEZ, A., “Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”, *Revista uc3m*, Madrid, 2014.

³⁴⁸ *Ibidem...*, pág. 273.

forma que el franquiciador, por tanto, debe conservar la homogeneidad e identidad del negocio objeto de la franquicia³⁴⁹.

Es importante distinguir que entre el nombre comercial, el rótulo o enseña comercial, la razón y la denominación social, -como se ha visto-, no son expresiones sinónimas, aunque pueden coexistir y utilizarse en forma simultánea. Las disposiciones relativas al nombre comercial son aplicables a los rótulos y enseñas comerciales. Por consiguiente, todo lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales sobre el nombre comercial se aplica respecto a las enseñas- esto es, las marcas-.³⁵⁰

El franquiciador, igualmente deberá suministrar cualquier tipo de ayuda respecto del desarrollo comercial y técnico del negocio del franquiciado. En este aspecto debe tenerse en cuenta que cada franquiciador tiene organizada la ayuda que debe prestarle al franquiciado. No todos los sistemas de franquicia tienen en

³⁴⁹ Cosa distinta, como expone RAVASSA MORENO, G.J., *Derecho comercial general*, Universidad Santo Tomás, Tomo I, Bogotá, 1994, pág. 422; es que en el sistema del “Common law” angloamericano se considera un principio general que una misma persona pueda utilizar varios nombres distintos para finalidades también diversas, con tal de que esta libertad no se use en fraude de terceros o para lesionar derechos de éstos. Por tanto, en este sistema una misma persona puede usar varios nombres, por ejemplo, un nombre civil y otro diferente como comercial, siempre que registre este último. Mientras que el sistema francés da la opción al comerciante para que utilice su propio nombre o pseudónimo o para que use una denominación de fantasía en su empresa o actividad económica. Por otro lado, el sistema alemán, identifica el nombre con la firma, exigiendo el llamado por la doctrina alemana “nombre firma”, que viene compuesto del apellido del comerciante, y por lo menos, uno de los nombres de pila si tiene varios. Tratándose de personas jurídicas, también se identifica con el nombre registrado de éstas. El nombre se trasmite con el establecimiento, pero el nuevo titular debe añadirle propio (firma derivada). Configura así un “principio de autenticidad o veracidad del nombre”.

³⁵⁰ Vid. CÁRDENAS PÉREZ, P.E., “La competencia desleal”, *Comentarios sobre propiedad intelectual*, Edit. Cosmos, Universidad de Bogotá, 2003, págs. 338-339.

sí mismos un solo método de asistencia al franquiciado. Aunque lo que sí debe ser común, es que la asistencia sea permanente y eficiente para el completo desarrollo del modelo de negocio y se constituya como condición “sine qua non” para el adecuado cumplimiento del contrato. Téngase en cuenta que los franquiciados, en la práctica, “son los laboratorios donde se experimenta a diario el crecimiento o la disminución de ventas”; ellos, están al tanto de las nuevas tendencias, de los gustos y hábitos de los consumidores y usuarios, del entorno económico y financiero. Por lo tanto la labor de colaboración, no sólo corresponderá al franquiciador sino a sus franquiciados, que deberán igualmente sugerirle, los cambios y adaptaciones indispensables para la supervivencia de la red, la implantación de nuevos productos más adaptados a las necesidades de los usuarios, y adaptar las turbulencias económicas y financieras del mercado global. De dicha forma las relaciones de franquiciador y franquiciado no se agrietarán y no se correrá el riesgo de que se disgregue la red. Por lo tanto el deber de colaboración del franquiciador trascenderá la esfera de lo ético y lo jurídico en el negocio de la franquicia, puesto que ello forma parte del engranaje empresarial de la franquicia, sin colaboración no hay gestión y, por consiguiente, el sistema o modelo de negocio empresarial no funcionará, de ahí que constituya la piedra angular que garantiza la supervivencia y el éxito de dicho acuerdo o contrato comercial.

Con la misma colaboración, se fija una cierta dependencia de ambas partes pero que viene coadyuvada con un régimen de control de las actividades a realizar por el potencial franquiciado, junto con la calidad ofrecida por el mismo por medio de sus prestaciones, y valorando de igual manera el servicio prestado a los consumidores y usuarios de forma que, el franquiciador consiga tener la certeza de que sus posibles errores puedan ser corregidos a tiempo y obtener la optimización de su establecimiento franquiciado. Dicha prestación deberá de gozar de todas las garantías en los procedimientos que se utilizan para la obtención del

producto o la prestación del servicio, para que sean acordes con los resultados esperados, y ello será posible con la consiguiente supervisión del negocio, evitando desviaciones y en general inconvenientes en la ejecución del contrato³⁵¹.

De esta forma el derecho de controlador es la contrapartida de la obligación de asistencia permanente. Control que guarda relación con las facultades del franquiciador para analizar los resultados de la gestión del negocio del franquiciado, algo de vital importancia porque como sabemos el franquiciador obtiene periódicamente un porcentaje de las ventas brutas que en él se concretan. Para poder realizar con eficiencia dicha tarea de controlador, los contratos, casi siempre facultan para analizar toda la contabilidad y los demás documentos contables y administrativos del franquiciado, al igual que la de poder examinar los balances y dejar constancia de fórmulas preestablecidas en una conformación estándar de los balances para facilitar un análisis más detallado y aún compararlo con los resultados obtenidos en otras unidades de la red.

Al proporcionar normas de calidad y uniformidad en la compra de productos, se implica por parte del franquiciador que asesore en todo lo relativo a las formas de producción y presentación del producto o servicio; sistema de administración y de contralores internos; asesoramiento en la elección del local así como para su instalación y decoración; prácticas probadas de comercialización de los productos; asesoramiento para la contratación del personal ³⁵², y cualquier mejora que pudiera producirse durante la ejecución del contrato.

³⁵¹ Hay algunos países, como por ejemplo Colombia, que es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciador realice auditorías permanentes sobre el negocio del franquiciado para que éste desarrolle adecuadamente la franquicia contratada.

³⁵² Que no la obligación por parte del franquiciador a la hora de seleccionar y contratar al personal que habrá de trabajar en la potencial franquiciada, cuya labor corresponderá al franquiciado.

En ocasiones se pacta una obligación de publicidad que debe ajustarse a las cláusulas que fueron pactadas, así adquirirá el derecho a cobrar por el mismo las sumas pactadas -a tanto alzado o porcentaje-, según conste en el acuerdo.

B) Obligaciones del franquiciado

El franquiciado debe encarar la implantación del nuevo emprendimiento teniendo a su cargo la inversión de capital, adquiriendo en algunos casos local, proveyendo al mismo de maquinaria, decoración, etc., pero, por supuesto, además de todas estas cargas, obtiene numerosos beneficios. Entre ellos destacamos que el franquiciado genera un negocio propio bajo su riesgo y responsabilidad, que le permite obtener ciertas garantías de éxito pues está encarando el desenvolvimiento de un modelo de ,negocio que ya ha sido exitoso en la experiencia del titular-, su emprendimiento goza de un prestigio ya establecido, se beneficia del conocimiento, de la marca, de los símbolos del mismo, y de la utilización de una metodología y un sistema ya probado en su funcionalidad, que evita los costos de los errores y adecuaciones que todo emprendimiento engendra. Además cuenta –factor primordial para toda empresa, “sin clientes no hay empresa”-, con cierto público que consume o desea consumir un producto o servicio ya conocido, lo que comercialmente se denomina, público cautivo³⁵³.

Véase en la presente tesis el Capítulo cuarto, Sección 20, “Responsabilidad laboral del franquiciador”.

³⁵³ Y es que en nuestra realidad económica y financiera (período 2007 hasta nuestro días), con la crisis generada, son mayores los riesgos del fracaso, cualquier emprendimiento implica costos muy elevados, los ahorros de costes, tanto en marketing del producto o servicio como de la fuerza de ventas se aminoran, y es por ello, que los franquiciados están dispuestos a pagar sumas muy importantes de capital por su ingreso a la red, a pesar de que además deben pagar regalías periódicas, y permanecer supervisado, asistido y controlado en el desenvolvimiento de su empresa, aun en los detalles más pequeños, sometido como hemos visto en ocasiones a controles de calidad.

La primera y principal obligación por parte del franquiciado radica en la propia formalización del contrato³⁵⁴. Éste se efectuará por un escrito privado, sin ritualismos o formalidades de ninguna naturaleza. Y se perfeccionará por el simple acuerdo de voluntades, por ello se dice que es un contrato consensual (aunque debemos exponer que el contrato de franquicia internacional no sólo es consensual, sino además solemne, puesto que se requiere de ciertas formalidades específicas para que el contrato sea oponible a terceros, de lo contrario no producirá efectos)³⁵⁵.

La siguiente obligación del franquiciado sería la de abonar las sumas fijadas y las regalías correspondientes sobre las ventas mensuales y/o sus ingresos, teniendo en cuenta lo que se hubiese pactado en el contrato. La remuneración se

³⁵⁴ *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, *Comentarios a la Ley del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (Dir. PIÑAR MAÑAS / BELTRÁN SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 1997.

³⁵⁵ Así por ejemplo en Colombia el contrato de franquicia internacional es solemne porque debe registrarse. Como primera medida, el art. 12 de la DEC 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece: *Los contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos de acuerdo con las respectivas legislaciones de los países miembros, serán registrados ante el organismo nacional competente del respectivo país miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología, importada mediante la estimación, de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada.* En igual sentido y de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la DEC 486 de 2000 determina; *la autoridad nacional competente no registrará los contratos de franquicia que no se ajusten a las disposiciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, o que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia*; el artículo 162 prescribe que; *“el titular de una marca registrada o en trámite podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva. Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca, y a efectos del registro la licencia deberá constar por escrito, siendo cualquier persona interesada la capacitada para efectuar el registro de una licencia”.*

constituye en un elemento esencial del contrato. Sobre este ítem la doctrina es unánime al momento de determinar las diferentes modalidades de pago de regalías o royalties³⁵⁶ que existen dentro del contrato. Estas modalidades comprenden dos conceptos principales: el derecho de entrada, que se pagará al franquiciador con el fin de poder ingresar en la red comercial, y con éste, empezará a recibir la asistencia técnica, el asesoramiento y en definitiva a usufructuar el negocio transmitido; y el segundo de los pagos se refiere a las regalías o royalties periódicas que debe pagar el franquiciado durante el tiempo de explotación de la franquicia. Dichos pagos se podrán realizar en moneda nacional o extranjera siempre y cuando sea así pactado por las partes, ya que en la franquicia internacional por ejemplo, al ser una operación de cambio -pues implica importar bienes y/o servicios-, las partes pueden estipular que el pago del precio y de las regalías se efectúe en divisas.³⁵⁷

³⁵⁶ Los royalties, también conocidos como regalías, son el término que se utiliza para referirse a los pagos que se deben dar al poseedor de derechos de autor de un producto a cambio de su explotación. Este producto puede ser desde una película a la patente de un invento, una composición musical, o como es el caso que ahora nos compete, una franquicia. Los royalties no sólo se pagan entre particulares. También un particular, o una empresa, debe abonárselos al Estado por la explotación de algunos recursos naturales. Calcular la cantidad que va a establecerse como royalty es fundamental antes de firmar el contrato de franquicia o licencia entre las dos partes.

³⁵⁷ En este tipo de relaciones o acuerdos donde las partes estipulan el pago en referencia a la divisa, se suelen incluir en los contratos cláusulas de garantía monetaria por desvalorización monetaria, que pueden consistir en un aumento sobre el porcentaje específico sobre el valor de cambio. Lo que se suele recomendar es que la conversión para el pago de las regalías se efectúe al tipo de cambio vigente el último día de plazo, sin embargo nada garantiza que este cambio sea el más favorable, dado que las fluctuaciones económicas no se pueden prever con facilidad y sin riesgo de error, pero sí como una norma común a lo largo del contrato de manera que no haya lugar a interpretaciones contractuales.

Hemos de hacer referencia igualmente al medio de pago empleado, en principio el más utilizado en el comercio nacional e internacional es el dinero, sin embargo esto no significa que sea el único, y menos el obligatorio. Se podrán utilizar los créditos bancarios, en los que las entidades bancarias o crediticias se obligan a pagar una suma de dinero o a aceptar instrumentos negociables a favor de un beneficiario contra la prestación de ciertos documentos, por solicitud de un ordenante³⁵⁸, además podremos utilizar igualmente: las transferencias bancarias, el contrato de permuta internacional (conocido igualmente como, “comercio compensado”), el intercambio de unos bienes por otros o incluso el aval como garantía de realizar el pago. Otra forma válida consiste en la participación en el volumen de las ventas, el cual se suele determinar en un porcentaje específico, aunque dicho porcentaje hace necesario indicar si se trata de ventas por listado o por el precio neto, por ejemplo.

La citada colaboración del franquiciado al franquiciador en materia de contabilidad -que habíamos expuesto en las ya mencionadas obligaciones del franquiciador y franquiciado-, queda aquí reflejada con estos tipos de pagos donde, tras ser realizados y estipulados en función de la participación en el volumen de ventas, propiciarán que el franquiciador tenga acceso a la contabilidad del franquiciado para demostrar la realidad y veracidad de las mismas, en cualquier momento de la duración del citado contrato.

³⁵⁸ *Vid.* RAVASSA MORENO, G.J., “El derecho de la competencia”, en *Derecho mercantil internacional*, Edit. Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, pág.499.

Todos estos pagos cubren igualmente el derecho a usar la marca, el secreto empresarial, la exclusividad territorial, la asistencia permanente, los servicios y las técnicas del franquiciador.³⁵⁹

Otra de las obligaciones del franquiciado es la de operar en el mercado su patrimonio empresarial, es decir, está obligado a explotar la empresa franquiciada. Se trata de una obligación de “hacer”, que si no se cumple, le ocasionará graves y serios problemas al franquiciador y, por consiguiente, a la red de franquiciados. La esencia del negocio reside en la expansión de mercados y en la conquista de más consumidores, de manera que si se concede la explotación del negocio a un empresario, éste debe colaborar en el crecimiento económico del patrimonio empresarial transmitido; de lo contrario, el franquiciador podrá dar por terminado el contrato. La falta de explotación de la empresa franquiciada constituye una grave omisión que afecta en forma sensible la rentabilidad del negocio de franquicia.

Los límites de carácter específico que ha de soportar el franquiciado (como pueden ser, la organización empresarial, la capacidad de trabajo en equipo, la experiencia empresarial, la ética empresarial, etc.), atañen a lo jurídico, esto es, a las obligaciones legales que adquiere en la explotación franquiciada. Y entre ellas, destaca la organización empresarial, ésta se refiere, a un concepto administrativo

³⁵⁹ En España y por ende, en la Unión Europea, la tendencia ha sido expedida por algunas Directivas ya citadas y de obligatoria cumplimiento, como expone GIRÓN TENA, J., “Las cuentas anuales de la sociedad anónima” en *la Revista de Sociedades*, Edit. Aranzadi, N°1, Navarra, 1993, pág.15.; cuando dice, “la corriente de uniformación contable y de formulación de principios en materia de contabilidad, que coadyuva a esa uniformación, se explica por la incertidumbre y opinabilidad que rodea a este saber contra la necesidad de que responda a la complejidad de las estructuras empresariales contemporáneos y a su internacionalidad (la presencia de las empresas en los mercados internacionales y la aparición de las grandes empresas multinacionales).

más técnico, que contiene diversos aspectos como el relativo al adecuado manejo contable de la franquicia.³⁶⁰

Observamos que la franquicia es un negocio de colaboración en el que un empresario independiente denominado franquiciador, organiza una idea para venderla mediante una marca y una imagen corporativa idéntica, y en donde se le concede el uso a terceros, a cambio de ciertos pagos. Valga anotar en este contexto, que las instrucciones señaladas para que se produzca esa cesión con su consiguiente éxito común, nunca puede atender contra el orden público, la ley o las buenas costumbres, aunque en virtud del postulado constitucional, el franquiciador podrá tomar las decisiones al interior de su negocio con libre iniciativa privada sin imponérselas al franquiciado siempre que vayan contra la ley.

Una de las siguientes obligaciones que deberá realizar el franquiciado es la activación y potenciación de la estrategia de marketing³⁶¹, así los aspectos

³⁶⁰ Todos los comerciantes están obligados a llevar una contabilidad de sus negocios acorde con el Plan General Contable, esta contabilidad como instrumento de la organización empresarial, se expresa en cifras y datos financieros que reflejan la situación económica de un negocio. Mediante ésta se conoce y se planea el futuro comercial de una compañía. Así mismo, nos informa acerca de la rentabilidad del negocio y de la capacidad de endeudamiento frente a tercero, inversionistas y el mismo Estado. Representa en forma fidedigna el estado financiero actual de una empresa. Dado que las franquicias funcionan a través de establecimientos comerciales o industrias, también están obligadas a llevar una contabilidad de su negocio. Aunque el método utilizado para organizarla y presentarla ante la administración (el Estado) para efectos fiscales, varía de un país a otro. No obstante, como lo subrayamos en su oportunidad, se está empezando a consolidar una legislación internacional uniforme sobre la contabilidad, en aras de facilitar las relaciones comerciales internacionales. Esta normativa va de la mano con las pretendidas normas internacionales sobre armonización tributaria.

³⁶¹ “Activar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es poner en funcionamiento la estrategia (en este caso de marketing para explotar el negocio de la franquicia), mientras que “potenciar” –según el mismo- es comunicar potencia a una cosa o incrementar la que ya tiene. Pues en efecto, cuando se dice que el franquiciado esta en la obligación de potenciar significa, que no sólo debe poner en funcionamiento el patrimonio

jurídicos del mismo se concretarán en la explotación y protección de los secretos empresariales transmitidos, no sólo de terceros competidores, sino también de los trabajadores y administradores que están a su cargo. Por tal razón, son de vital importancia las cláusulas –que más adelante desarrollaremos- de confidencialidad y la de carácter pecuniario cuando se trate de administradores o factores (administradores de establecimientos de comercio).

Obligación de vital trascendencia la conforma, la prohibición por parte del franquiciado de competencia. En la mayoría de los casos sucede que los franquiciados se sienten tentados a continuar explotando el negocio, usando los mismos signos distintivos y los secretos empresariales que le fueron transmitidos por medio del acuerdo³⁶².

Es obvio que disposiciones o cláusulas insertas en los contratos de franquicia, fortalecen la uniformidad y cohesión de la pluralidad de unidades que componen la red, así deberemos de incluir todo tipo de cláusulas que reviertan en la consecución de beneficios y salvaguardas para ambas partes contractuales -a continuación pasaremos a exponerlas y desarrollarlas-.

empresarial y los conocimientos adquiridos, sino que, además, debe buscar el mejoramiento de marketing, esto es, del conjunto de actividades que componen el negocio de franquicia.

³⁶² La concurrencia al mercado basada en la mala fe es castigada por las normas de la competencia, con lo cual se cuida a los comerciantes que sean leales en su concurrencia. Como ya vimos para clasificar desleal el comportamiento no es requisito sine qua non la realización efectiva del negocio jurídico, sino que basta que gracias al engaño bastante, una empresa se convierta en alternativa para el consumidor, esto es, que la empresa actúe en el proceso de compra del consumidor de una manera injuusta, pues lo que ella pregona no es acorde con lo que va a realizar o incluso realiza. Esta imagen incorrecta de la realidad sólo requiere que se ofrezcan ofertas que no son ciertas, así pues no es necesario para las normas de competencia la efectiva compra del consumidor, existen otras situaciones en el proceso de compra que bastan para que se proclame la competencia desleal.

Resumiendo esta larga nómina de obligaciones que el contrato pone a cargo del franquiciado, conlleva, como hemos visto, una notoria contrapartida de derechos que le sirven de contrapeso al punto de ser una situación altamente conveniente y ventajosa, de lo que es una vez más, prueba suficiente del éxito de esta técnica de comercialización.

SECCIÓN XV. - EL KNOW-HOW

1. INSTITUCIÓN JURÍDICA

Cualquier institución jurídica que se precie de su análisis, requiere del examen minucioso y riguroso de los conceptos jurídicos y, por ende, del significado y alcance de éstos. Pero como cuestión previa al examen de las nociones conceptuales que integran una determinada institución jurídica, creemos que es necesario averiguar sobre el significado común y corriente de los términos, pues, al fin y al cabo, la realidad social, los usos y las costumbres mercantiles preceden a las rígidas estructuras legales. Además, bien vale recordar que las instituciones jurídicas del derecho de los negocios internacionales no nacieron merced al ingenio sublime de los juristas, sino, por el contrario, surgieron de la vida cotidiana de los negocios, de las actividades económicas de los empresarios, de los problemas del mercado, etc. Y, como es sabido, el lenguaje de los negocios y del comercio, así como los términos usados en éstos, se han trasplantado al mundo de lo jurídico. Así las cosas, el know-how no podía ser la excepción. Dicho término se conoce también en el ámbito del derecho de los negocios como el secreto empresarial, arte de fabricación o, según los franceses, como *savoir faire*.³⁶³

³⁶³ Aunque las distinciones semánticas no agregan o quitan nada a la institución jurídica del know how, en verdad estos distintos términos aluden a un conocimiento no patentado, susceptible de

La tecnología patentada no es know-how, este implica el monopolio fáctico de un conocimiento especializado aplicable a la industria o a la organización empresarial. Y si dicho conocimiento no es secreto, entonces, no se puede hablar de ninguna ventaja competitiva. El quid de la cuestión radica en su carácter de secreto.

Secreto es, “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud, propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en la medicina o en otra ciencia, arte u oficio”³⁶⁴.

La doctrina y la legislación comunitaria coinciden en afirmar que el know-how es un saber hacer, que tiene importancia para el comercio y la industria, y que le confiere una ventaja competitiva a quien lo posee o a quien lo explota con la debida autorización. Además de cómo ya hemos señalado, que se trata de un bien susceptible de valoración económica. Igualmente, es objeto de transmisión a terceros, por medio de un contrato de licencia o de cesión (y el referido, de franquicia).

El mercado mundial se convulsiona con la crisis económica y la falta de instrumentos sobre nuevas formas de conocimiento en el mundo de los negocios, como el Know-how, que se refiere a “saber cómo hacer algo pronto y bien hecho”, éste, tiene una directa relación con la experiencia, experimentar la práctica en ruta que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo, como una forma de transferencia de tecnología, aplicada al comercio internacional.

valoración económica, el cual le reporta a quien lo posee, una ventaja competitiva en el mercado.

³⁶⁴ Vid. DRAE, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Tomo II, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág.1853.

En las nuevas experiencias de innovar sobre la creación de nuevos negocios exitosos, tiene un uso muy difundido el Know-how en la venta de franquicias, ya que lo que se vende es el "saber cómo". Las franquicias generalmente son vendidas por países o empresas "avanzadas" que "ya lo han hecho", casi siempre en el campo de los negocios. La transmisión del know-how ocupa un lugar destacado en la franquicia, sobre todo es frecuente la transmisión de conocimientos de carácter comercial relativos a la organización empresarial, a la comercialización de los productos o servicios, a la gestión del negocio y, por supuesto a la administración de la empresa. La transmisión versa sobre métodos empresariales, técnicas de comercialización y fabricación de productos. Como activo intangible que es, se materializa en documentos o manuales; en ellos está contenida toda la información necesaria para la explotación del negocio; allí reposa toda la experiencia de marketing del franquiciador, y todo este conjunto de experiencias son de un valor económico muy significativo, pues, como se ha dicho, en ellas está el valor agregado del negocio, y sin éstas, el franquiciado le hubiera tocado invertir mucho tiempo, esfuerzo y dinero para investigar sobre un mercado, la elaboración de un producto, la manera de ofrecer un servicio, etc. Luego podemos deducir que en últimas lo que consigue el franquiciado con la utilización del know-how es, el ahorrarse tiempo y dinero en investigaciones y desarrollos de productos (o servicios), o en métodos y técnicas de ventas para conquistar nuevos y potenciales mercados.

De dicha forma podemos afirmar que en la franquicia "casi" todo está hecho: el franquiciado entra a usufructuar un negocio que previamente ha sido probado y ha tenido éxito, igualmente es un negocio que ya es conocido en nuestro mercado nacional (o en el mejor de los casos, internacional), con una marca que tiene prestigio y un buen nombre ("good will"), y en el que su know-how, ha sido lo suficientemente probado y con un resultado exitoso, que siendo transmitido mediante una licencia y con la permanente actualización que se

requerirá (tanto en innovación como en desarrollo, de acuerdo con la evolución económica del mercado, las necesidades de la clientela o las técnicas empresariales), provocará un intercambio de experiencias (feed back) y un proceso de retroalimentación entre franquiciado y franquiciador, que provocará la mejora y el mayor prestigio de la franquicia. Quizás aquí radique la principal diferencia entre otro contrato o negocio, en que en la franquicia si se presenta una verdadera sinergia empresarial, lo cual se traduce en un mejoramiento continuo de los bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores o usuarios finales. Lo cierto es que sin esta conjugación de esfuerzos, el negocio perdería uno de sus elementos fundamentales y esenciales para su consecución, la colaboración.

Así, cuando pregonamos que se trata de un contrato de colaboración, significamos que ambas partes integrantes del contrato, cooperan para lograr un mayor grado de competitividad en el mercado.³⁶⁵ Huelga decir, como ya venimos señalando, que el know-how que se transmite en el contrato de franquicia debe mantenerse reservado, es decir, en secreto, reserva que se pregona en la fase contractual del contrato y que conllevará la plasmación de alguna cláusula penal insertada en el mismo, en la que se haga constar la cobertura de los posibles perjuicios que se pudieran ocasionar por la violación de los secretos empresariales.³⁶⁶

³⁶⁵ Según el artículo 3.2 b) del antiguo Reglamento CEE 4087/88, se consideraba lícito la obligación impuesta al franquiciado de comunicar al franquiciador toda experiencia obtenida en el marco de la explotación de la franquicia y del know how y de conceder a los integrantes de la red, incluido el franquiciador, una licencia no exclusiva sobre el secreto empresarial que pudiera resultar de dicha experiencia. Dicha obligación no se encuentra sometida al requisito de reciprocidad, a diferencia de lo establecido en el artículo 2.1.4 del Reglamento 240/96 referente a los acuerdos de transferencia de tecnología.

³⁶⁶ Por ello es conveniente que en esta etapa previa, el franquiciador no revele todas sus técnicas y su secreto empresarial al futuro franquiciado, de dicha forma evitaría la revelación de

2. APROXIMACIÓN Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL KNOW-HOW

A pesar de que, evidentemente el término Know-how tiene una ascendencia anglosajona, comenzando su desarrollo en Estados Unidos, pero expansionándose rápidamente a los demás países industrializados, especialmente Inglaterra y Alemania³⁶⁷, no se puede por menos que afirmar su utilización universal en la actualidad³⁶⁸. Pero ello no ha sido suficiente para la consecución de un concepto unánimemente admitido, posiblemente como consecuencia de los múltiples planteamientos de la institución, o como afirmaba GÓMEZ SEGADE³⁶⁹, porque cada definición se corresponde con los “puntos de vista personales de los autores”.

El ser una institución universalmente utilizada, con la ausencia de una referencia normativa común, también ocasiona mayor dificultad en la definición válida de carácter único, que sea uniforme jurídicamente para todos los ordenamientos, ya que siempre presentará las peculiaridades propias del ordenamiento nacional en el que vaya a tener utilización práctica. Sin embargo, en cualquiera de los casos, hemos de admitir que, como secreto industrial o de empresa, con naturaleza de bien inmaterial, es una “de las armas con que el empresario cuenta para preservar su capacidad competitiva en el mundo

secretos en un negocio que ni siquiera en el futuro realizaría. Aunque hemos de señalar, que por desgracia hay muchos potenciales empresarios inescrupulosos que se aprovechan de toda la información suministrada por un franquiciador para organizar la competencia.

³⁶⁸ Vid. CHULIÁ VICENT, E., “El contrato de know how”, en *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, Cap. VI, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, pág.251.

³⁶⁹ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.

empresarial”³⁷⁰, que presenta dificultades por su presencia efímera, y dificultad para una correcta y objetiva valoración.

A) Concepto en la normativa española

En España, solamente ha sido definido por el derogado RD 1750/87 de 18 de diciembre 28/12/1987 por el que se liberalizaba la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas; y lo fue conceptualizado como: “conocimientos secretos no patentados, aplicables a la actividad productiva”. Es por ello, que cobran especial interés los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional que ya inició el estudio del tema en 1955, dado que el término no ha sido definido expresamente por legislación alguna y, con mayor motivo si cabe, habida cuenta que los contratos de transferencia de know-how son de especial interés y trascendencia para los países en desarrollo, que cuentan con este medio coadyuvante de la adquisición de los conocimientos tecnológicos y científicos propios y necesarios para la actividad industrial en el mercado internacional.

Nuestra jurisprudencia en la STS de 21 de octubre de 2005, ya coincidía en que, "el principal problema consiste en determinar que cabe entender por "know how", "saber como", si bien en la traducción al castellano del Reglamento Comunitario 4087/88 se utiliza la expresión "saber hacer", procedente de la versión francesa "savoir faire", así como también del RD 2.485/98, de 13 de noviembre; aunque ya cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además el mismo podría variar en relación con las distintas modalidades de

³⁷⁰ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M^a.T., *Protección del Secreto de Empresa... op.cit.*, 2000, pág.15.

franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando operase con autonomía³⁷¹.

La franquicia comercial tiene como elemento básico el Know-how para entrenar al franquiciado en un negocio que experimenta iniciar y permita su conducción, vía organización del trabajo. El franquiciado debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo con el entrenamiento impartido, como otro elemento esencial. Este entrenamiento junto con la asistencia técnica, es lo que permite la uniformidad en el producto y la cadena de participación de los elementos activos de construcción del negocio en la prestación del servicio, o simplemente el “saber cómo” lograr el mismo resultado que el obtenido por el franquiciador. Estas recomendaciones pueden ilustrar incluso a temas tales como la decoración del local comercial, el uniforme de los empleados, la manera de presentación, etc.

La transmisión del Know-how o “saber hacer” del franquiciador a sus franquiciados es uno de los aspectos más importantes sobre el que se sustenta el sistema de franquicia. Pero, ¿qué es exactamente y cómo se transmite un

³⁷¹ *Cfr.* en este sentido la jurisprudencia, en concreto la Sentencia de SAP Barcelona (15ª) 443/2005, 26/10 (AC 2006\365; donde hay que anotar también -como hemos indicado en otras resoluciones-, que deben distinguirse del secreto empresarial de las empresas, “aquellas informaciones que formen parte de las habilidades, capacidades y experiencias profesionales de carácter general de un sujeto”. En este sentido, estas habilidades, capacidades, experiencias y conocimientos del sector o actividad que componen la formación y capacitación profesional del trabajador (que sin duda por esas razones es incorporado a la empresa de la competencia), *son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores. El límite vendría representado por aquellos conocimientos o información, titularidad de hecho del empresario, que constituyen secreto empresarial, al cual se ha tenido acceso legítimamente en tanto se mantenía su relación con la anterior empresa, pero con deber de reserva* (como señala igualmente el art. 13.1 LCD [RCL 1991, 71]).

conocimiento nuevo de tecnología punta para aplicarse en la franquicia? El método seguido en este tema de investigación es el inductivo-deductivo, es el camino a seguir en el proceso de conocimientos nuevos aplicados a la franquicia, así como la repetición de un éxito comercial. Un porcentaje muy alto del mismo dependerá de los métodos que se utilicen para su reproducción y transmisión a los franquiciados, que permiten observar la competencia comercial entre los involucrados en hacer nuevos negocios, como una forma de presentar alternativas para los mercados internos y externos. Tal es la importancia y necesidad del saber hacer del franquiciador, que su identificación constituye no sólo, un derecho del franquiciado, sino también una exigencia legal.

Estos conocimientos deben identificarse a través de los “manuales de negocio” que recogen la fórmula del éxito. Por lo tanto, no hay que confundir, que el “saber hacer” no es algo intangible, de hecho, el franquiciador debe poder disponer de una documentación a la que pueda remitirse en todo momento, para efectuar cualquier consulta que necesite. Sin duda alguna, la protección del Know-how en el contrato de franquicia comercial, se refiere a que su transferencia es de importancia vital en un contrato de franquicia, por ello, ha sido considerado como un componente esencial del contrato, sin el cual éste no existe, explicando que si no hay conocimiento nuevo, pierde su eficacia sustantiva el contrato.

Se puede afirmar que es una habilidad técnica o conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico y, en general, todo conocimiento técnico, que es secreto, de uso restringido y confidencial. El Know-how pues, es específico “a saber cómo”, está constituido por conocimientos y experiencia de orden técnico, comercial y de economía empresarial, que le permite al receptor la producción y venta de objetos materiales o intangibles, así como diversas actividades referidas a la organización y administración.

En una empresa, el know-how se asume a partir de la era industrial, convertido en valioso activo intangible, el cual incluye la forma de mezclar componentes, los equipos utilizados, el personal que sabe hacer la receta, etc. Lo que venden los que ofrecen franquicias es precisamente el "Know-how", esto es cómo hacer las cosas en una empresa para que ésta sea altamente productiva y rentable.

B) Concepto doctrinal

La doctrina ha ofrecido diversos conceptos. Así, MASSAGUER³⁷² lo denomina como, "Licencia de Know-how" que es su término empleado en vez de "contrato de Know-how", y lo define como, "aquel negocio jurídico celebrado entre personas físicas o jurídicas en virtud del cual, una de ellas (el licenciante) titular de un Know-how (el Know-how licenciado) autoriza a su contraparte (el licenciario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento, y en virtud del cual, el licenciario o receptor, se obliga por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del Know-how licenciado."

Otra parte de la doctrina, ALFARO RODRÍGUEZ³⁷³ lo define: "como aquél contrato celebrado con el fin de explotar conocimientos técnicos no patentados, que se guardan como secretos y su uso se permite bajo confidencialidad a cambio

³⁷² MASSAGUER, J., *El Contrato de Licencia de Know How*. Edit. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 69.

³⁷³ ALFARO RODRÍGUEZ M.V., "El Know How y su aplicación práctica en el Contrato de Franquicia. Especialidad en Derecho Comercial", *Contratación Comercial Internacional II*, Universidad de Costa Rica, (San José), 2009, pág. 33.

de una retribución”. Este contrato permite el aprovechamiento de técnicas, que han sido fruto posiblemente de grandes esfuerzos intelectuales y fuertes inversiones en investigación.

El know-how no es propiamente un derecho, sino una situación de hecho, consistiendo en información no patentada -aunque en ocasiones pueda serlo-, que es secreta, sustancial y que confiere a su poseedor cierta ventaja competitiva³⁷⁴. Quizás como ocurre en otras instituciones mercantiles de nuevo cuño, con fundamento en la inconveniencia de un encorsetamiento de la institución en la marca de una definición, que pueda frenar su desarrollo o que ocasione que en poco tiempo tal definición sea obsoleta por haberse expandido la institución superando el límite que toda definición implica. La UNCTAD³⁷⁵, en su código de conducta para la transferencia de tecnología aporta que el del know-how, puede adoptar la forma de “feasibly, studies, plans, diagrams, models, instructions, guides, designs, specifications and equipment for training, services involving technical advisory and managerial personnel, and persons training”.

C) Concepto en la normativa europea

Por otro lado el Reglamento 4067/88 de la Comisión, en lo que respecta al Derecho Comunitario, lo define en su artículo 1.3.8 como: “patrimonio de

³⁷⁴ Cfr. SAGRERA RULL, J., *Comercio en la CEE y estrategias empresariales. Importaciones paralelas, regulación en materia de patentes, marcas, know how y franquicias*, Edit. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 55 y ss.

³⁷⁵ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD o UNCTAD), del inglés, *United Nations Conferencie on Trade and Development*, creada en 1964 para asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo, es el principal órgano de la Asamblea General de la ONU. Los objetivos de esta organización son maximizar las oportunidades comerciales, de inversión y desarrollo de los países en vías de desarrollo así como la asistencia en sus esfuerzos para integrarse en la economía mundial.

conocimientos prácticos no patentados que derivan de experiencias y de pruebas ejecutadas por la filial, patrimonio que es secreto, sustancial y veraz”.

La doctrina italiana igualmente y por medio de CHAVANNE³⁷⁶, lo define: “como el conjunto de conocimientos técnicos que permiten llegar a un resultado industrial, que son ajenos al público, y también extraños dentro de su sector, lo cual les proporciona valor comercial”.

D) Concepto jurisprudencial

La Jurisprudencia define esta institución en multitud de pronunciamientos. Uno de los aspectos fundamentales de la franquicia en España es que cubre un hueco de negocio familiar, que sufrió una considerable disminución y progreso en los últimos años, debido fundamentalmente a dos aspectos de vital importancia: la falta de competitividad, y en segundo lugar, la rentabilidad producida por las mismas en comparación con las grandes empresas. Así, y en referencia al know-how, transferencia de la misma obligación sine qua non que habrá de respetar el franquiciador (entre sus obligaciones), destaca la Sentencia nº 770/2003, de 3 de Diciembre de 2003³⁷⁷, cuando al referirse a la Ley de Competencia Desleal, y más concretamente a su artículo 13 ³⁷⁸, en el mismo se refiere a la institución jurídica

³⁷⁶ *Vid.* CHAVANNE, A., Il contrato di know how, *Rivista di Diritto Industriali*, 1967, pág.201; e igualmente el tratamiento penal que hace del mismo, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *La protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid, 2000, pág.63.

³⁷⁷ Recurso Nº 201/2001 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

³⁷⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que en su artículo 13 señala que: “1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14. 2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. 3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados

del know-how la menciona como “un secreto industrial o de cualquier otra especie de secreto empresarial”. Igualmente la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1979³⁷⁹, afirmó que el know-how consiste en

anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto”.

- Artículo 14 Inducción a la infracción contractual: 1. “Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”.

³⁷⁹ La STS (Sala de lo Civil), de 24 de Octubre de 1979 (RJ 1979/3459): *porque si últimamente la serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles, significativo de lo que doctrinalmente se denomina “know how”, es decir, el “saber hacer” y que puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos pueda resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial, no determina una protección de manera directa, ni menos aún un derecho de carácter absoluto o un derecho de exclusiva, dado que su protección es únicamente indirecta y adviene por la vía de las normas relativas a la competencia desleal, ello es en tanto que el “know how”, o saber hacer tenga una causa o razón estrictamente independiente pero no cuando, con en el presente caso ocurre, se encuentre formando parte integrante de un vínculo jurídico creado por la permisión temporal de la utilización de patentes y modelos de utilidad con que otro venga protegido, precisamente para facilitar esa utilización, con génesis de “ius prohibendi” frente a terceros, a causa del amparo que el Registro de la Propiedad Industrial depara, ya que precisamente esta circunstancia viene encaminada a impedir que los no amparados registralmente, sin consentimiento del titular, puedan hacer uso del derecho registralmente reconocido a favor de determinada persona, en este caso la entidad demandada reconviniendo recurrida “Thomson*

“conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles”. Y en sentido similar nuestro Tribunal Supremo, interpretando el Tratado Hispano-Alemán de doble imposición, de 5 de diciembre de 1966 (RCL 1968/686 y NDL 16027)³⁸⁰, y concretamente su artículo 12³⁸¹, en Sentencia de la Sección 2ª de la

Brandt, S.A”, cuyo derecho es precisamente el que ampara los preceptos legales en que se basa el motivo examinado, por lo que en manera alguna han sido violados por la sentencia recurrida, que, por el contrario, se adapta correcta y adecuadamente a ellos...

³⁸⁰ *Convenio Hispano-Alemán de 5 de diciembre de 1966*, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Instrumento de Ratificación de 13 de julio de 1967.

³⁸¹ Artículo 12 del Tratado Hispano Alemán de doble imposición, de 5 de diciembre de 1966 señalaba que: *1. Los cánones procedentes de un Estado Contratante pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este último Estado. 2. Sin embargo, estos cánones pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero el impuesto así exigido no puede exceder del 5 por 100 del importe bruto de los cánones. 3. El término «cánones», empleado en este artículo, comprende las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas; de patentes, marcas de fábricas o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos, y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas. 4. Las disposiciones del párrafo 1 no se aplican si el beneficiario de los cánones, residente de un Estado Contratante, tiene en el otro Estado Contratante del cual proceden los cánones, un establecimiento permanente con el cual el derecho o propiedad por que se pagan los cánones está vinculado efectivamente. En este caso se aplican las disposiciones del artículo 7. 5. Los cánones se consideran procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor es el propio Estado, una de sus subdivisiones políticas, una de sus autoridades locales o un residente del mismo. Sin embargo, cuando el deudor de los cánones, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la obligación de pagar los cánones y este establecimiento soporte el pago de los mismos, los cánones se considerarán procedentes del Estado Contratante donde esté el establecimiento permanente. 6. Cuando, debido a relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario de los cánones o entre cada uno de ellos y cualquier otra persona, el importe de los cánones pagados, habida cuenta del uso, derecho o información por*

Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de Abril de 2001 (RJ 2001/5359), dice lo siguiente: "... se dice que tendrán el carácter de "canon" las cantidades de cualquier clase pagadas y, al referirse al objeto del contrato, no sólo incluye la transferencia de tecnología sino que se extiende, también, a informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas...". Y más concretamente, en Sentencia, también de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 2002/6428), al objeto de la interpretación del mismo artículo 12 del Tratado Hispano-Alemán afirma que: "...ciertamente como definen los comentarios oficiales al "Modelo de Convenio de Doble imposición sobre Renta y Patrimonio", *know-how*, será "el conjunto no divulgado de informaciones técnicas, preparatorias o no, que son necesarias para la reproducción industrial, directamente y en las mismas condiciones, de un producto o de un procedimiento; procediendo de la experiencia, el *know-how* es el complemento de lo que un industrial no puede saber por el solo examen del producto y el mero reconocimiento de la técnica...".

La STS 754/2005, de 21 de octubre (RJ 2005\8274), lo ha definido en sentido amplio como: "conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación".

el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En este caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

En otro sentido, SAP Tarragona (1ª) 95/2008, de 10 de marzo (JUR 2008\164871), cuando señala se trata, en definitiva, de técnicas que formaban parte del conocimiento, en este caso, de los trabajadores por su actividad similares al Know-how empresarial³⁸². Denótese en sentido inverso, especialmente la STS 24-11-2006 (RJ 2007, 262) cuando señala que: “no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador” -lo que ocurrió en el presente caso “Teamic”-, y prosigue, “no consta que se hayan utilizado otros elementos que los obtenidos a través de la propia experiencia de quienes, habiendo sido empleados de la actora, ejercen después esas mismas funciones para la sociedad demandada”; se trataba de un Directivo que cesaba en la empresa y montó otra con la misma actividad que éste desarrollaba en la primera; ver también la misma argumentación en la SAP Vizcaya 19-7-2007.

Igualmente, y en sentencia más reciente –la SAP Zaragoza (5ª) 316/2010, 17/5 (JUR 2010\388990), (caso franquicia masajes)-, entiende que know-how (o "saber cómo hacer") es: *el Conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.*

³⁸² Cfr. en el mismo sentido las SAP Asturias 18-6-1997 [AC 1997, 1342] y SAP Valencia 1-9-1997 [AC 1997, 1775]).

3. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA NOCIÓN DE KNOW HOW

Entre los elementos que integran el know-how, destacamos como principal y relevante, que no debe ser conocido en general, ni fácilmente accesible al público o a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate, esto es, ha de ser secreto. Igualmente, tener un valor efectivo o potencial por el hecho de ser secreto. Su valoración dependerá de su grado de novedad y de la ventaja competitiva que le reportará a quien lo posea en el mercado. Estos aspectos se cuantifican mediante datos contables, estudios de mercado, análisis estadísticos, investigación empresarial del mercado relevante donde se explota el know-how o la licencia de la patente. La ley no determina unos factores específicos para cuantificar el valor efectivo, para ello es necesario valerse de otras disciplinas como la estadística, el merchandising, la publicidad, la psicología del consumidor, las fianzas, la contabilidad o la propia economía. Mayor dificultad será aún determinar su valor potencial, será el libre juego de la oferta y la demanda quien finalmente pueda determinar el mismo.

Otro de los elementos de esta institución lo conforma la existencia de un control permanente y riguroso que garantice el carácter secreto del know-how. Las medidas de protección de los secretos empresariales, en el negocio de franquicia no sólo se refiere a los medios que emplea el empresario para evitar su divulgación, sino también a los criterios de selección del personal.

Un último elemento importante del mismo será que la información no expresada de esta institución, no debe ser divulgada por disposición legal o por orden judicial. Cuando la información no difundida pase a ser de dominio público, el know-how deja de existir. Tampoco constituyen secretos empresariales, aquellos conocimientos que se deban divulgar por así exigirlo una orden judicial o

una disposición legal, verbigracia, como ocurre por ejemplo con la descripción de la invención que se exigen para solicitar una patente de invención.³⁸³

4. LA TRANSFERENCIA DEL KNOW HOW: CESIÓN Y TRASMISIÓN

El titular del know-how, cede al franquiciado el know-how para que éste, con autorización de su uso o explotación comercial, lleve a cabo su negocio por el cual se encomendaron. En el contrato de franquicia, el know-how es como un producto del franquiciador que ha obtenido a lo largo de la experiencia, estudio, trabajo, etc. y que se cede el derecho o la licencia de aplicación al franquiciado, pero no se vende el know-how, es decir, el franquiciador sigue siendo el titular del know-how y el franquiciado, debe de abstenerse a aplicarlo, una vez terminado el plazo del contrato de franquicia.

Se puede ceder, la titularidad del mismo en diferentes contratos, a tantos sujetos como crea conveniente, salvo que se estipule, en uno de estos contratos,

³⁸³ Sirva como ejemplo, que la Corte de Apelación de Colmar (Colombia), en un fallo de una Sentencia de 9 de Junio de 1982, concluyó que en un contrato de franquicia comercial; “el know how debía ser práctico, original, específico, en permanente desarrollo y fácilmente transmisible...” Igualmente en el antiguo Reglamento N°4087/88 de la CEE, hablaba de “sustancial e identificado” en los siguientes términos; Artículo 1.3.h) e i): *“el hecho de que el know how deba incluir una información importante para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y en particular para la presentación de los productos para la venta, la transformación de productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera. El know how debe ser útil para el franquiciado, al ser capaz en la fecha, de la conclusión del acuerdo, de mejorar su posición competitiva, en particular mejorando sus resultados o ayudándole a introducirse en un mercado nuevo”*. Así mismo, el artículo 10.4 del Reglamento N° 240/1996 de la CEE determina: *el hecho de que el know how deba estar descrito de una manera suficientemente completa para permitir verificar que cumple las condiciones de secreto y sustancialidad. La descripción del know how puede ser hecha en el acuerdo de franquicia, en un documento separado o en cualquier forma apropiada.*

una cláusula de exclusividad o una cláusula sobre territorialidad, que restrinjan sucesivas cesiones de los derechos de uso y explotación del know-how.

Llegados a este punto nos podríamos plantear el siguiente interrogante, ¿se podrá vender o no el know-how?. Existen propuestas contrarias en la doctrina conforme a este respecto. En el contrato de franquicia no se puede vender el know-how porque estaría perdiendo la esencialidad del contrato y ya no sería más por lo tanto, un contrato de franquicia. Por su parte en los contratos de know-how por sí solos, existen las tesis argumentadas y variadas de si puede haber o no venta del know-how. Personalmente pensamos, que no se puede vender el know-how, ya que como lo hemos venido indicando, el know-how es toda una serie de experiencias, estudios, trabajo, ideas, estrategias, productos, formas de fabricación, recetas, etc.; que componen un producto que es susceptible de mantenerse en secreto para que no sea copiado en el mercado, para que no se haga la competencia del mismo con uso fraudulento. Aunque no es requisito básico que sea mantenido en secreto, porque muchos de los elementos que componen el know-how pueden ser patentizados, hay otros que no se pueden patentizar -como por ejemplo, los procedimientos médicos o quirúrgicos en animales o personas-, por lo que sería obligatorio para el titular del know-how mantenerlo en secreto para evitar una fuga de información. Si lo vemos desde este punto de vista de la necesidad del titular del know-how de mantener en secreto su activo cuando éste no se puede patentizar, sería ilógico una venta de know-how, porque el comprador a pesar de que pasa a ser el nuevo titular del know-how, tiene que percatarse que el vendedor va a conocer mejor el know-how y su aplicación que hasta el mismo comprador, que es ya el nuevo titular del activo, por lo que lo más recomendable sería una cesión de derechos que permitan el uso y comercialización del know-how. Al seguir siendo ideas, estrategias, experiencias, etc. de una persona, el know-how, nunca va a salir del conocimiento de esta persona, por lo que siempre van a pertenecer a ella. Lo que

esta persona propietaria del know-how puede hacer con éste es ceder los derechos de uso y explotación comercial a otro sujeto, pero nunca puede venderlo debido a que es una propiedad personalísima desarrollada por cada persona en particular, o grupo de personas en particular.

En esta línea doctrinal el profesor ALBADALEJO³⁸⁴ indica que, "casi se podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos", ya que cuando se vende una cosa, se trata - al menos tendencialmente - de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella, razón por la que la compraventa tendería en todo caso - como ya lo ha puesto en relieve incluso algún código moderno - al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio.

Otra doctrina -ALFARO RODRÍGUEZ-,³⁸⁵ señala que, "en suma, más que transferir el bien, se transfiere el derecho de aquel bien", doctrina que ha sido recogida en el artículo 1470 del Código Civil italiano de 1942, al indicar que "la venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho"³⁸⁶, por lo tanto -prosigue ALFARO- "la venta se equipara a la transferencia de derechos: propiedad, autor, inventor, etc."

5. LA CONTRAPRESTACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL KNOW HOW

Elemento importante es la contraprestación que tiene derecho a recibir el titular del know-how por ceder a otra persona el uso de ésta. Señala CABANELLAS que, "la obligación de pagar regalías, como contraprestación por la

³⁸⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, 13ª Ed, Civitas, Madrid, 2004, pág. 8.

³⁸⁵ ALFARO RODRÍGUEZ M.V., "El Know How...*op.cit*", pág.39.

³⁸⁶ Art. 1470 cc: *La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto (1376 e seguenti, 1476) verso il corrispettivo di un prezzo (1448, 1473 e seguente, 1498)*

licencia recibida, puede ser eliminada, sin que se altere la esencia del contrato"³⁸⁷. Mientras que por otro lado ARIAS SCHREIBER precisa "... esta característica no es, sin embargo, esencial, ya que nada impide que se convenga la cesión del know-how a título gratuito, sin obligación de pago por parte del adquirente. Ello ocurre con frecuencia en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluye cláusulas de cesión gratuita de know-how como parte integrante de los mismos". Es importante recalcar que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquirente³⁸⁸.

Su protección es jurídica y fáctica. La tutela jurídica de los secretos empresariales se lleva a cabo por medio de tres áreas específicas: el derecho penal, el derecho laboral y el derecho de la competencia. Luego la protección de los secretos empresariales es pluridimensional y cada disposición se referirá a supuestos distintos.

El término fáctico, hace referencia a que el receptor o beneficiario de los conocimientos técnicos (franquiciado) está en la obligación de guardar celosamente la información no divulgada del know-how. Para ello el beneficiario debe ejercer todos los actos tendentes a conservar la reserva y confidencialidad del secreto empresarial que le ha sido transmitido. El beneficiario de la tecnología o, en nuestro caso, el franquiciado, responde hasta de la culpa leve en la que atañe a la protección del secreto empresarial, ésta pues, en la obligación de velar

³⁸⁷ CABANELLAS DE LA CUEVA, G., *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 289.

³⁸⁸ ARIAS-SCHREIBER, P.M., *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo II, 3ª Ed, Edit. San Jerónimo, Lima, 1988, pág. 114.

por la reserva y la confidencialidad de dicha información no divulgada ante el franquiciador, como un buen hombre de negocios (“buena fe”).

La protección laboral está consagrada en el conocimiento que los trabajadores llevan consigo igualmente de la obligación de no divulgarlo en provecho propio o de un tercero. Esta conducta se puede producir durante la vigencia de la relación laboral, o con posterioridad a ella. En el primer supuesto el trabajador se encuentra vinculado a la franquicia y, en caso de que viole el secreto empresarial al cual ha tenido acceso, se configurará la causal del despido con los efectos laborales pertinentes. Pero si por el contrario, el trabajador no ha tenido acceso al secreto empresarial del establecimiento de franquicia, creemos que se trataría de un verdadero “espionaje industrial”³⁸⁹. Pero ahondando más en el tema, puede darse el supuesto del empresario franquiciador interesado en mejorar su secreto profesional, o mejor dicho empresarial, contrate a un trabajador del conocimiento para que realice actividades de investigación y desarrollo (I+D), en cuyo caso, estimamos, que salvo estipulación en contra, la invención realizada por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenecerá al “mandante” (en este caso, franquiciador). Aunque puede ocurrir, que si es el propio franquiciador el que se lo propone a sus franquiciados con el objeto de estimular la investigación e incentivar a los mismos, ceda parte de los beneficios económicos que con tal resultado se pudiesen dar. Igualmente el trabajador que no haya sido contratado para investigar, pero ha realizado una invención mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada, normalmente

³⁸⁹ No es fácil precisar que es espionaje. Quizás podría afirmarse que bajo esta expresión se engloba la conducta dirigida a obtener mediante subterfugios, subrepticamente, el conocimiento de los secretos de otro. Como señala GALÁN CORONA, E., “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, págs.102 y 103.

tendrá derecho a una compensación que se fijará de acuerdo con unos parámetros determinados, que son: el monto del salario, la importancia de la investigación y el beneficio que reporte la misma u otros parámetros que libremente ejerza y realice el franquiciador (a falta de acuerdo, indudablemente será el Juez, el que habrá de determinar el mismo). Cuando la invención realizada por el trabajador sea de tal magnitud que los beneficios para la empresa sean inimaginables, se le debe dar al trabajador una participación adicional.³⁹⁰

En el campo penal³⁹¹, la protección vendrá condicionada por la amplitud que le demos a los conceptos que configuran el tipo penal, y especialmente a la distinción entre secreto industrial y secreto de la empresa, al referirnos al know-how concerniente al secreto industrial exclusivamente o al trade know-how, si bien hemos de reconocer, que dado el principio general de intervención mínima del ordenamiento jurídico penal, en pocas ocasiones los ataques al know-how van a ser resueltas en este ámbito jurisdiccional, conforme a la doctrina de nuestros Tribunales, ya que el problema surge a la hora de deslindar lo que constituye ilícito civil y penal puesto que la Ley no lo distingue expresamente, sin que ello pueda llevarnos a la conclusión de que todo aquello que está amparado por la legislación de propiedad industrial y de protección de la competencia tiene trascendencia penal, ya que resulta excesivamente amplia su definición. Nuestro Tribunal Constitucional exige por ello que las normas penales en blanco tengan la suficiente concreción para que la conducta quede precisada en esa norma con posibilidad del conocimiento de la actuación penalmente condicionada (Sentencia 120/1998 del TC). Junto a ello nos encontramos con que el Derecho Penal, además del principio de legalidad rigen los de intervención mínima, lesividad y

³⁹⁰ *Vid.* RAVASSA MORENO, G.J., *Derecho Comercial General*, Universidad Santo Tomas, Bogotá, 1994, pág.368.

³⁹¹ *Cfr.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M^a.T., *Protección del Secreto de Empresa... op.cit.*, 2000, pág.17.

proporcionalidad, de modo que la interpretación deba realizarse de forma restrictiva cuando el precepto resulta impreciso, lo que comporta el que sólo deban sancionarse como delito aquellas conductas dolosas y que supongan una grave vulneración del bien jurídico protegido, remitiendo a la jurisdicción civil las infracciones de menor entidad³⁹². El bien jurídico protegido en el delito de propiedad industrial es “el monopolio legal o “derecho de exclusividad” que constituye el contenido jurídico básico de todas y cada una de las modalidades de propiedad industrial. Así, el bien jurídicamente protegido en las invenciones (patente y modelos de utilidad) y creaciones de forma (modelos y dibujos industriales) será la exclusividad de explotación; y en los signos distintivos (marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento) la exclusividad del uso o -si se quiere-, la propiedad de los signos, derecho de exclusividad, que la Ley atribuye al titular de la correspondiente modalidad de propiedad industrial³⁹³.

La Ley de Competencia Desleal en su ya citado artículo 13 atribuía al titular del know-how la posibilidad de ejercitar las acciones que prevenía la citada Ley, en concreto en su artículo 32³⁹⁴, atribuyendo, la aplicación conjunta de ambos

³⁹² Cfr. Sentencias de las AP de Barcelona, Sección 6ª, de 3 de abril de 2000, Sección 3ª de 21 de abril de 1999, y de Gerona, Sección 3ª, de 20 de marzo de 2000.

³⁹³ Cfr. en este sentido la SAP de Cádiz, Nº 42/2004, de 17 de marzo del 2004.

³⁹⁴ Acciones derivadas de la Competencia Desleal, artículo 32: *1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: Acción declarativa de deslealtad; acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. 2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1ª a 4ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al*

preceptos un derecho subjetivo al titular del know-how ilegítimamente utilizado³⁹⁵, aunque la actuación lo sea sin fines concurrenciales, sino exclusivamente de revelación ilegítima, al haber accedido a los conocimientos de modo ilegítimo.

demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

³⁹⁵ Estará legitimado, según el artículo 33: 1. *Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 32.1, 1ª a 5.ª Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 32.1, 1ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.*

2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

También se dispensa por parte de nuestro ordenamiento jurídico una protección civil, tanto por responsabilidad contractual como extracontractual, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.902 del CC³⁹⁶. La prescripción de las acciones se produce, conforme al artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal por el transcurso de un año desde que la acción pudo ejercitarse, y el legitimado para ejercitar la acción tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal causa de la reclamación y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto.

SECCIÓN XVI- PROBLEMÁTICA Y AFECTACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AL CONTRATO

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

La propiedad intelectual constituye una herramienta al servicio del desarrollo económico y la creación de riqueza cuyo potencial no se ha explotado plenamente en todos los países, en particular, en el mundo en desarrollo.

El Renacimiento del Norte de Italia se considera la cuna del sistema de propiedad intelectual, por lo que no puede decirse que el concepto sea nuevo. Una Ley de Venecia de 1474, constituye el primer intento sistemático de proteger las

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

³⁹⁶ Artículo 1101: *Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*

Artículo 1902: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* (Véase, los artículos 7.1, 220, 1089, 1093, 1101, 1108, 1366 y 1968.2º de este Código. - artículos 11, 12, 48 y 128 y ss. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. - artículo 5 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental («B.O.E.» 24 octubre)

invenciones mediante una patente, que otorgaba un derecho exclusivo a un individuo. En ese mismo siglo, hacia 1440, la invención de la imprenta con tipos móviles, por Johannes Gutenberg, contribuyó a la creación del primer sistema de derecho de autor del mundo. A finales del siglo XIX, las nuevas formas innovadoras de fabricación contribuyeron a promover un movimiento de industrialización a gran escala, al que se sumaron fenómenos como el rápido crecimiento de las ciudades, la expansión de las redes ferroviarias, la inversión de capital y un aumento del comercio transoceánico. Los nuevos ideales del industrialismo, el surgimiento de gobiernos más centralizados y un nacionalismo más vigoroso llevo a muchos países a establecer sus primeras leyes modernas de propiedad intelectual. Empezó también a arraigarse el sistema internacional de propiedad intelectual con dos tratados fundamentales sobre propiedad intelectual, *el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883*, y *el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886*.

A lo largo de su historia, la propiedad intelectual se ha basado en el principio fundamental, de que el reconocimiento y la retribución de la titularidad de las invenciones y obras creativas es un estímulo para realizar nuevas actividades inventivas y creativas, y a su vez promueve el crecimiento económico. Ese proceso ininterrumpido, sigue siendo un poderoso impulsor del desarrollo económico.

2. LA ECONOMÍA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los economistas llevan muchos años tratando de explicar por qué algunas economías crecen más rápidamente que otras, en otras palabras, por qué algunos países son ricos y otros no. Por lo general, todos coinciden en que los

conocimientos y las innovaciones han desempeñado una función primordial en el reciente crecimiento económico³⁹⁷.

El mejor ejemplo a este respecto es el crecimiento económico registrado en algunos países en la década de los 90. La rápida creación de conocimientos, incluido el surgimiento de nuevas tecnologías, se tradujo en cambios de política en el ámbito de la propiedad intelectual y en la adopción de nuevos enfoques de gestión de conocimientos. Una de las consecuencias de la incipiente importancia de la propiedad intelectual y del nuevo modelo de comercio mundial que caracterizó el comienzo de los años 90 fue la creación de una conexión deliberada entre ambos. Varios países desarrollados comenzaron a utilizar medidas comerciales para frenar la piratería de los derechos de propiedad intelectual en el extranjero. Ello trajo consigo, entre otras cosas, la creación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), uno de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) fruto de las negociaciones comerciales multilaterales celebradas en el Marco de la Ronda Uruguay. En el decenio de los 90, un número cada vez mayor de dirigentes políticos de las nuevas potencias económicas reconocieron la importancia del sistema de la propiedad intelectual para fomentar la inversión privada en actividades de I+D, en particular, en los ámbitos industrial y científico. En numerosos estudios se sugiere que un buen sistema de propiedad intelectual

³⁹⁷ El célebre economista PAUL ROMER ha apuntado, que la acumulación de conocimientos es el motor del crecimiento económico. Afirma que para que los países promuevan el crecimiento, sus prácticas económicas deben fomentar la inversión en nuevas actividades de investigación y desarrollo (I+D) y subvencionar programas que desarrollen el capital humano.

constituye un elemento esencial para el fomento de la inversión extranjera directa (IED)³⁹⁸.

La tendencia de las empresas a patentar sus invenciones ha aumentado igualmente en todo el mundo, en particular en Japón, los Estados Unidos de América y Europa. En Japón hicieron falta 95 años para llegar a la cifra de un millón de patentes concedidas, mientras que en sólo 15 años se duplicó esa cifra. Las solicitudes de patentes aumentaron también en los países en desarrollo.

3. LOS ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL VALOR DE LAS EMPRESAS FRANQUICIADAS

Los activos de propiedad intelectual han ganado terreno como medida de viabilidad de las empresas y de rendimiento futuro. En 1982, cerca del 62% de los activos de las empresas de los Estados Unidos de América eran activos físicos, si bien en 2000 esta cifra se redujo a un mero 30%. A principios de los años 90, los activos intangibles representaban más de la tercera parte de los activos totales de Europa, y a comienzos de 1992 los activos intangibles representaban más del 35% del total de las inversiones públicas y privadas en los Países Bajos³⁹⁹.

³⁹⁸ Por ejemplo, en la India se ha registrado un aumento sostenido de la inversión extranjera directa desde que se introdujo la Reforma en materia de patentes y marcas a principios de los años 90. Esta tendencia fue incluso más acusada en el Brasil, donde se registró un aumento extraordinario de esas inversiones tras la promulgación de una nueva ley de Propiedad Industrial en 1996 (de 4.400 millones de dólares en 1995 a 75.800 millones en 2008).

³⁹⁹ En un estudio recientemente realizado se pone en evidencia que, por lo general, el 40% del valor de una compañía que depende de sus activos intangibles no queda reflejado en modo alguno en el balance. De ahí que se designe a veces a la propiedad intelectual como “valor oculto”. Pero, oculto o manifiesto, hoy no hay duda de que las patentes, el derecho de autor y los derechos conexos, las marcas, las indicaciones geográficas y los secretos comerciales contribuyen de forma fundamental al valor de las empresas.

Así las patentes⁴⁰⁰ en los contratos de franquicia promueven el desarrollo económico por cuatro razones principales:

- La información sobre patentes promueve la transferencia de tecnología y la inversión;
- Las patentes fomentan la investigación y el desarrollo en las universidades y en los centros de investigación;
- Las patentes son un catalizador de nuevas tecnologías y empresas; y
- Las empresas (como el caso de las franquicias) acumulan patentes y las utilizan en actividades de concesión de licencias, empresas conjuntas y otras iniciativas de generación de ingresos.

A) El valor de la marca en la franquicia

Las marcas⁴⁰¹ desempeñan una importante función macroeconómica por cuanto permiten identificar el origen de los productos y de las tecnologías, fomentando así la responsabilidad respecto del consumidor. Desempeñan también una función estratégica de comercialización en las empresas franquiciadas. Aunque las marcas se han venido utilizando sobre todo para dar a conocer el

⁴⁰⁰ Son la concesión que otorga el Estado a un inventor a causahabiente para explotar exclusivamente una invención industrial durante un plazo determinado, al cabo del cual pase a ser de dominio público. La explotación exclusiva implica excluir a terceros de dicha actividad económica, por lo que se entiende que la patente otorga un monopolio temporal, si bien autorizado por la ley. Dicho monopolio tiene como consecuencia la posibilidad para el titular de la patente de controlar la oferta y fijar precios y, en ocasiones, poner una clientela potencial cautiva, la que a su vez le permite derivar una utilidad remuneratoria.

⁴⁰¹ Es la señal exterior recogida por un industrial o comerciante, y empleada lo mismo que el propio nombre comercial, para garantizar que los productos puestos bajo ella, por lo cual se distinguen, provienen de su fábrica o comercio y distinguirlas especialmente de los productos que hacen la competencia. *Vid.* REMELLA, A., *Tratado de derecho industrial*, Edit. Civitas, Madrid, 1993.

producto al consumidor, hoy se prestan a un gran número de finalidades, pero el objetivo fundamental de las mismas es contribuir ineludiblemente a cimentar la lealtad del cliente⁴⁰².

Además de promover las ventas de los productos y de consolidar la clientela, las marcas contribuyen a que sus titulares obtengan mayores beneficios, hagan frente a la competencia desleal, amplíen y mantengan su cuota de mercado, diferencien sus productos, introduzcan nuevas gamas de productos, obtengan regalías mediante programas de licencias, respalden asociaciones estratégicas y alianzas comerciales y justifiquen el valor de la empresa en las transacciones financieras.

Las marcas son también uno de los elementos básicos de las franquicias. La Asociación Internacional de Franquicias estima que las franquicias representan la tercera parte de todas las ventas al por menor que se realizan en los Estados Unidos, incluidas las ventas de compañías como *McDonald*, *Coca-Cola*, *General Motors* y *Re-Max*. Un gran número de países utiliza de forma estratégica las marcas con franquicia como prototipo comercial.⁴⁰³

⁴⁰² Los estudios muestran que la preservación de los clientes es una medida tan eficaz para la generación de ingresos como la atracción de nuevos clientes; así al realizar una serie de análisis en distintos establecimientos mercantiles se pudo comprobar que por ejemplo, al reducir tan sólo en un 5% la pérdida de clientes, se generó un 85% adicional de beneficios en la red de sucursales de un banco, un 50% adicional en una compañía de corredores de seguros y un 30% adicional en una cadena de autoservicios.

⁴⁰³ En la comunidad portuguesa local de Johannesburgo, el pollo se preparaba conforme a una receta celosamente guardada. En 1987, Fernando Duarte y su amigo Robert Brozin se asociaron para crear *Nando's*, una cadena de restaurantes que en la actualidad está en plena expansión y que cuenta con más de 200 establecimientos en África, Australia, Canadá, Egipto, Israel, Malasia, Arabia Saudí y el Reino Unido. La compañía goza de gran reputación internacional y su nombre se asocia hoy con la restauración rápida en todo el mundo, hasta tal punto que hoy cuenta con una amplia cartera internacional de marcas registradas en torno a la

La creciente complejidad del uso de las marcas en la comercialización se aprecia bien en la concesión de licencias.⁴⁰⁴ A medida que la tecnología se ha convertido en un elemento cada vez más importante de la actividad comercial, el uso de las marcas ha cambiado y se ha hecho más complejo, por ejemplo, para determinar el cumplimiento de los requisitos de seguridad y de las especificaciones técnicas y la operatividad entre sistemas técnicos complejos. Otra tendencia determinada por la tecnología es el auge de Internet, que ha planteado

palabra *Nando's*. Apoyándose en la reputación de su marca, la compañía ha empezado a diversificar sus actividades en otros sectores que incluyen productos al por menor basados en la marca *Nando's*. En marzo de 2000, *Nando's* interpuso una demanda por *Ciberocupación* ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, amparándose en la Política Uniforme de Solución de Controversias relativa a los dominios genéricos de nivel superior, adoptada por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN). El demandado, residente en California, había registrado los nombres de dominio “nandos.com” y “nandoschicken.com” y había ofrecido a *Nando's* la posibilidad de adquirir una licencia o comprar dichos nombres de dominio. El Grupo Administrativo de Expertos resolvió en favor de *Nando's* y ordenó al demandado que procediera a la transferencia de dichos nombres de dominio a la compañía.

⁴⁰⁴ Como dato curioso obsérvese la concesión de licencia del personaje Harry Potter de la popular serie de libros infantiles escritos por J.K. Rowling. Poco podía imaginar la compañía *Warner Brothers*, que había adquirido los derechos mundiales de comercialización de estas obras, que el estreno de la película sería uno de los mayores éxitos de todos los tiempos. Se estima que con “Harry Potter y la piedra filosofal” se recaudaron cerca de 93,5 millones de dólares de los Estados Unidos en los tres primeros días. *Warner Brothers* había dividido los derechos de licencia entre varios de sus asociados comerciales y licenciatarios: *Hasbro* adquirió los derechos de distribución de juegos de cartas y juegos electrónicos; su competidor *Matell* adquirió los derechos de fabricación de juguetes; otra compañía obtuvo los derechos de fabricación de “golosinas mágicas”; *Electronic Arts*, la compañía californiana de fabricación de programas informáticos de ocio, obtuvo la licencia para fabricar juegos informáticos y de vídeo de Harry Potter y *Coca-Cola* obtuvo otros derechos en relación con la comercialización de la película. En el contexto de esa compleja red de acuerdos, la licencia sobre la marca pasa a ser una forma de “expansión de la marca” y de comercialización conjunta, pues cada producto contribuye a promover la venta de otros productos reforzando la popularidad del personaje.

una serie de difíciles cuestiones relacionadas con la interacción entre los nombres de dominio y las marcas. Algunas marcas se han convertido en “iconos culturales” mundiales, pues su uso se ha ampliado más allá de las empresas y hoy también las utilizan los individuos, las organizaciones caritativas y los países que buscan transmitir un mensaje sobre sus características especiales⁴⁰⁵.

Las marcas son eficaces herramientas comerciales que transmiten un mensaje contundente y específico sobre productos, tecnologías, culturas y personas. A diferencia de las patentes y del derecho de autor, las marcas pueden renovarse indefinidamente, lo que las convierte en un poderoso activo de propiedad intelectual para las empresas franquiciadoras. Son particularmente eficaces si forman parte de una estrategia global empresarial y de comercialización, que puede incluir transacciones de ventas y de licencias de sólidos productos y otras formas de propiedad intelectual, pero pueden verse perjudicadas si los productos y las tecnologías que representan no responden a las expectativas de los clientes, e incluso si son utilizadas las mismas por terceras personas sin causa justa, utilizando marcas ya existentes o renombradas.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Por ejemplo, la artista de Reykjavik, Bjork, proyecta una imagen de frescura y ruptura con la tradición que se atribuye a Islandia. Análogamente, el Comité Olímpico Chino ha rediseñado el logotipo olímpico para representar el movimiento inherente al Tai Chi. A su vez, España promociona el turismo mediante el soleado logotipo “España”.

⁴⁰⁶ En este sentido las marcas pueden verse perjudicadas por innumerables motivos; entre ellos, muy recientemente –Julio de 2014–, analizamos el caso real del comprometido uso por un tercero sin causa justa de un signo idéntico o semejante a la marca renombrada. (Cfr. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. Javier, “Uso por un tercero sin causa justa de un signo idéntico o semejante a la marca renombrada”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Instituto de Derecho Industrial, Vol. 34 (2013-2014), ISSN: 1139-3289, Marcial Pons, 2014, págs 553-648; en concreto el objeto de la anotación fue la recientísima *Sentencia, de 6 de Febrero de 2014, asunto C-65/12, de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, que se basaba en comentar un problema dogmático especial, y de muy singular relevancia; la interpretación de la expresión “justa causa” del art. 5.2 de la Directiva

4. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES

Cada vez se demuestra con mayor claridad que la propiedad intelectual es hoy uno de los activos más valorados y a menudo, como ocurre en el caso de las franquicias, el más de todos, en las transacciones comerciales, ya se trate de acuerdos de licencia, de acuerdos de fabricación, compra y distribución, o de fusiones y adquisiciones. Las licencias relacionadas con el uso de patentes, de material protegido por derecho de autor y de marcas, suelen ir acompañadas de transferencias de conocimientos técnicos, a modo de formación, y son un elemento cada vez más importante de esas transacciones. Hoy se descarta cada vez más la idea de que el sistema de propiedad intelectual confiere derechos

89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, derogada posteriormente por la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOUEL 299, DE 8/11/2008); y a cuyas conclusiones llegamos a que, para calificar de buena fe el uso del signo semejante a la marca renombrada, debería tenerse en cuenta el grado de similitud entre los productos y los servicios para los que ese signo se ha utilizado y el producto para el cual se hubiera registrado dicha marca, así como la cronología del primer uso de ese signo para un producto idéntico al de tal marca y la adquisición de su renombre por la misma marca que puede obligarse al titular de la marca renombrada, en virtud de una causa justa en el sentido de dicha disposición, a tolerar el uso por un tercero de un signo semejante a esa marca, siempre que ese signo se haya utilizado con anterioridad a la presentación de la solicitud de registro de la misma y que haya sido utilizado de buena fe, y para apreciar la misma, habrían de ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deberían valorar en primer lugar, la implantación del signo similar o idéntico a la marca renombrada y la reputación de la que goza entre el público y, en segundo lugar, la intención de la persona que lo utiliza. Para concluir –la anotación–, dejamos constar y reivindicábamos, que quizás algunos de estos problemas que se plantean puedan tener mejor respuesta, al menos más contundente, en la propuesta de reforma del Sistema Europeo de marcas elaborada por la Comisión Europea en este 2014, cuya labor comunitaria de armonización de las legislaciones de marcas y a la vez de creación de un derecho de marca de ámbito comunitario, serán sin duda, uno de los hitos más relevantes en el ámbito de propiedad industrial.

exclusivos que se ejercen para frenar la competencia, pues en la práctica, la propiedad intelectual se aplica, tanto para conceder licencias sobre productos y tecnologías, como para prohibir a otros su utilización. Esas licencias proporcionan ingresos en concepto de regalías a los titulares del derecho de propiedad intelectual y permiten distribuir productos y tecnologías a las personas que obtienen la titularidad de la licencia, sin la cual no habrían tenido acceso a dichos productos. En esas transacciones, los licenciatarios a veces adquieren derechos que les permiten introducir mejoras o crear obras derivadas y desarrollar sus propios activos de propiedad intelectual, que luego pueden ser objeto de licencia recíproca o de licencia a terceros. De esta forma se crea un ciclo muy productivo de transacciones comerciales y de invenciones⁴⁰⁷.

Debido a que cada vez se reconoce más su valor económico, la propiedad intelectual se está convirtiendo en un elemento primordial de la gestión empresarial. Los administradores de propiedad intelectual están contribuyendo a crear importantes carteras de activos de propiedad intelectual que pueden utilizarse en fusiones y adquisiciones, en empresas conjuntas, en acuerdos de cooperación en materia de I+D y acuerdos de licencia, en gran medida de la misma forma que los administradores de productos contribuyen a crear carteras de productos. Estas carteras de activos de propiedad intelectual se desarrollan de una manera estratégica y se orientan hacia sectores de mercados de productos y tecnologías y oportunidades de licencia recíproca.

⁴⁰⁷ En un informe elaborado por *Price Waterhouse Cooper* en 1999, se cifró en más de 100.000 millones de dólares EE.UU el mercado mundial de licencias de propiedad intelectual, lo que da una idea de la importancia económica que tienen los activos de propiedad intelectual en la actualidad.

Las empresas están fomentando alianzas entre sí con el fin de aumentar el valor de sus activos de propiedad intelectual y obtener ventajas competitivas mutuamente beneficiosas por medio de las licencias recíprocas. Dichas alianzas pueden proporcionar a las empresas interesadas, un aumento sustancial de su influencia en la esfera tecnológica en la que desarrollan sus actividades o permitirles establecer normas tecnológicas en su ámbito particular.

La propiedad intelectual es un tema que cada día cobra más importancia y más fuerza; es el área del derecho mercantil que más se ha internacionalizado, aunque desde sus orígenes el tema es cosmopolita, y en diversos tratados internacionales y normas uniformes se ha propendido a su protección. Si en los siglos XVIII y XIX el centro del poder y de disputas globales eran la tierra y el capital, en el nuevo milenio que ha comenzado, el plexo del imperialismo socioeconómico y político reside en el tema de la propiedad intelectual y de las patentes. El conocimiento, es no sólo un nuevo factor económico de producción, sino que se constituye en el eje del progreso y salvación de la humanidad. Sin conocimiento no hay ciencia, no hay desarrollo, no existe progreso ni crecimiento económico⁴⁰⁸.

Mucho sería lo que podríamos exponer acerca de la propiedad intelectual, lo cual ameritaría, como se ha señalado, en forma ineluctable un trabajo independiente. Pero si la hemos limitado para que tengamos una visión panorámica del tema y su importancia.

La propiedad intelectual es la aplicación comercial de la innovación y la creatividad para mejorar y enriquecer la vida de todos, tanto a nivel cultural como práctico. Es también un instrumento de potenciación pues respalda y retribuye a

⁴⁰⁸ *Vid.* SERRANO GÓMEZ, E., La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías, Edit. Civitas, Madrid, 2000.

los creadores y a los innovadores, estimula el crecimiento económico y promueve el desarrollo de recursos humanos y por ende, del empleo. La propiedad intelectual es un recurso disponible para todos. Uno de los retos principales de la OMPI es prestar asistencia a sus Estados miembros para desarrollar y utilizar las herramientas que permitan explotar ese recurso y utilizar la propiedad intelectual en beneficio de sus respectivas naciones. De hecho la propiedad intelectual sólo puede prosperar en una sociedad que conozca y acepte plenamente su importancia y que la proteja mediante leyes que sean aplicadas con firmeza.

Como ya hemos indicado la tecnología la podemos transmitir por medio de los contratos de cesión y licencia de patentes o de *know-how*. Estos contratos no están regulados en nuestra legislación, es decir, son negocios jurídicos atípicos, por lo cual, ante los vacíos jurídicos que se presentan en la realización y ejecución del contrato, éstos se suplen con base en las normas generales sobre obligaciones y contratos. De esta manera los principios basilares del derecho privado como la autonomía de la voluntad, la buena fe, la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho⁴⁰⁹, etc., son plenamente aplicables a esta clase de negocios.

⁴⁰⁹ El abuso de derecho se ha desdoblado hoy en la teoría del abuso de posición dominante. Esta, es un tema sensible en la propiedad intelectual. Así por ejemplo, el *artículo 8.2 de los Acuerdos ADPIC* previene este tipo de conductas en el mercado. La norma citada dispone: “ Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”. En el mismo sentido el *artículo 58 de la Dec 486 de 2000*, que dice: “La autoridad nacional competente no registrará los contratos de licencia para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia”.

En el activo de la empresa se comprenden tanto bienes materiales como derechos de carácter inmaterial, unos comúnmente aceptados y otros discutidos cual es el caso de la clientela, el aviamiento, etc. Por bienes inmateriales entendemos la “creación de la mente humana que mediante medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial”.⁴¹⁰ Estos bienes para su aprovechamiento necesitan materializarse en bienes corporales, aunque son susceptibles de producir un número indeterminado de éstos, es decir son repetibles.⁴¹¹ Pero económicamente, el bien inmaterial necesita adicionarse de la posibilidad de su utilización en exclusiva, o excluyente de la utilización por los demás, de modo que posibilite la intervención del Derecho privado para la protección de ese derecho atribuyendo un derecho, el “señorío sobre el bien de modo artificial”⁴¹², ya que sin la intervención del Derecho no sería posible tal “señorío”, que otorga la posibilidad de utilizar o explotar ese bien sólo a aquello que cuentan con tal derecho.

A) Cláusulas destinadas al aprovechamiento de los derechos de propiedad industrial.

Antes de adentrarnos en la negociación contractual exhaustiva, que todo contrato de franquicia debiera haber tendido antes de la formalización de su contrato, observamos que en el contexto de los contratos de franquicia, como bien afirma DE MIGUEL ASENSIO, es muy frecuente la explotación de los derechos

⁴¹⁰ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *La aportación de derechos de propiedad industrial al capital de las sociedades anónimas. Breve referencia a esta aportación en las Sociedades Limitadas*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 274.

⁴¹¹ Así ocurre por ejemplo con las patentes que, son susceptibles de ser conocidas por varias personas y pueden producir innumerables objetos consecuencia de la misma.

⁴¹² *Ibidem...*, pág. 62.

de propiedad intelectual, así pues, resulta fundamental la incorporación de cláusulas destinadas al aprovechamiento de los derechos de propiedad industrial y *know-how* y, en particular, de los derechos sobre signos distintivos -tales como la marca, el nombre comercial, el rótulo de establecimiento- porque, al acercar al consumidor hacia la identificación del prestigio empresarial de la red de distribución, constituyen, según se mencionó oportunamente, el elemento más valioso de la franquicia.⁴¹³

La transmisión de conocimientos técnicos reservados, sobre todo los referentes a la gestión del negocio y a la comercialización de los productos, es otro aspecto muy explotado en un contrato de franquicia, no así los derechos de patente, excepto en los casos de franquicia industrial que se caracteriza por la fabricación de productos, que son menos usuales y que comprenden, por ejemplo, los diseños industriales y los derechos de autor, relacionados con los manuales de instrucciones o programas informáticos.

La importancia que reviste la transmisión parcial de derechos sobre bienes inmateriales o intangibles es de tal magnitud que la franquicia ha sido asimilada a los contratos de licencia⁴¹⁴ -recuérdese, al respecto, el formato de franquicia híbrida- y, en particular, a los de licencia de marca; en ese contexto, se ha conceptualizado al contrato de franquicia como una licencia cuyo objeto es "la

⁴¹³ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Contratos internacionales sobre propiedad industrial", *Estudios de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 86.

⁴¹⁴ El franquiciamiento es básicamente una forma especializada de licenciamiento, en la que el franquiciador no sólo vende propiedad intangible (que normalmente es una marca registrada, y copyright,) al franquiciado, sino que insiste además en que éste observe una serie de reglas estrictas relativas a la manera de dirigir el negocio. (Cfr., CHARLES, W.L., *Negocios Internacionales. Competencia en un mercado global*, Edit. McGraw-Hill Interamericana, Cap.V., 3ª ed., México, 2000, págs. 488-490).

empresa como bien inmaterial" o, incluso, una "licencia destinada a establecer un mecanismo de distribución".

Pero, según el acertado (a nuestro entender) criterio DE MIGUEL ASENSIO, es inadmisibles reducir la naturaleza de los contratos de franquicia a la concesión de una licencia, porque existen supuestos de franquicia de distribución, por ejemplo, en los que, como tal, no existe licencia de derechos de propiedad industrial; además, esa asimilación carece de fundamento en la franquicia de subordinación.

Por otro lado, debido a que la incorporación de los activos tecnológicos en los negocios internacionales cada vez es más habitual, la franquicia industrial ha sido considerada como una de las categorías pertenecientes al género de los "contratos de transferencia de tecnología"⁴¹⁵, ya que en el marco de sus cláusulas, a más de que el franquiciado obtiene el *know-how* y, en algunos casos, la licencia de patentes, marcas y diseños industriales, para fabricar un producto que se distribuye bajo la marca del franquiciador, es posible dar paso a la elaboración de productos o procedimientos tecnológicos. Muestra de ello es que, en la actualidad,

⁴¹⁵ Y en este sentido cabe señalar las palabras de la doctrina colombiana, en concreto PEÑA VALENZUELA, cuando nos señalaba que este amplio género incluyó, en un principio, categorías tan usuales como el contrato "llave en mano" o soluciones integrales de ingeniería utilizados en la industria petrolera, siderúrgica y cervecera, la licencia de know how y las licencias de propiedad industrial, conocidos bajo la denominación de "contratos industriales" y, paulatinamente, se amplió hasta incorporar los contratos de cooperación tecnológica, *outsourcing*, subcontratación, asistencia y servicios técnicos, consultoría, educación continuada, alianzas estratégicas, patrocinio de investigación, franquicias productivas-tecnológicas, de protección de la biodiversidad y del medio ambiente, uso de bases de datos científicos y de acceso a recursos genéticos, entre otros. (*Vid.*, PEÑA VALENZUELA, D., "Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología", en *Derecho Internacional de los Negocios*, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2003, págs. 165-166).

se hace uso de este contrato para llevar a cabo la construcción de parques tecnológicos y de centros de entretenimiento y de enseñanza científica.

SECCIÓN XVII- NEGOCIACIÓN CONTRACTUAL

1. REFERENCIA INICIAL A LOS DEBERES PRECONTRACTUALES

Los escritos de la época de la república romana, son la referencia más antigua que tenemos en cuanto a los tratos preliminares⁴¹⁶. El concepto por hoy estudiado tiene básicamente la misma estructura –salvo las extensiones conceptuales propias de la época- Es común en la doctrina estimar que estos tratos preliminares que acuerdan las partes, en principio, no tendrían porque obligar a las mismas (esta fase tendría su razón de ser, para que las mismas pudiesen discutir, expresar sus ideas, sus inquietudes, conocerse e informarse), pero no quedar ineludiblemente para llegar a celebrar definitivamente el acuerdo contractual, aunque eso sí, estamos de acuerdo en que esta situación –jurídica-, debe estar presidida por una idea básica y común y de obligado cumplimiento para ambas partes: la necesidad de actuar de buena fe⁴¹⁷. Ésta “constituye un modelo o

⁴¹⁶ Según CARRARA, G., *Formazione dei contratti*, Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915, pág.3; la palabra “tractatus”, viene de “Tractivus”, y eran aquellas manifestaciones o actos simples, los cuales eran empleadas por los ciudadanos romanos, al momento de negociar la *res commercium*, en los grandes mercados. Aquí CARRARA, cita a CLAUDER SALOMÓN AUGUSTUS, *De tractatibus, von Handlungs-vorschlagen, vulgo tractaten*, 1680, Jena, Tip. Gollnerianis. Bajo el nombre de *Tractus*, CLAUDER SALOMÓN AUGUSTUS, los tratos preliminares se convertían en las proposiciones precedentes al acuerdo, con las cuales las partes, sin intención de obligarse, se comunicaban recíprocamente la intención de contratar.

⁴¹⁷ En el mismo sentido y sobre la buena fe, la doctrina es amplísima; *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Vol. I, Edit. Tecnos, 9ª ed, 2005. pág. 64; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo I, “Introducción a la teoría del contrato”, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pág. 49; GODREAU, M.J., “Lealtad y buena fe contractual”, *RCDI*, Nº 609, 1992, pág. 292; *Idem*, “Observaciones en torno a la buena fe”, *En Homenaje al profesor JUAN ROCA*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de

paradigma de conducta de “ejecución continuada”, desde la etapa de los tratos preliminares (punto de partida) –tratativas, llamadas por algunos-, hasta la

Murcia, Murcia, págs. 497 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977)”. *RDP*, 1980, págs. 50 y ss.; LINARES, M.A., “¿Qué se debe tener en cuenta cuando se suscribe un contrato internacional?”, en *Revista de Ámbito Jurídico Legis, Bogotá*, 2005; MOLLEDA FERNÁNDEZ, A., “La presunción de buena fe”, *Estudios de Derecho Privado I*, (Dir. MARTÍNEZ RADIO), Madrid, 1962, págs. 194 y ss; Díez Pícazo, L., en el prólogo del libro de WIEACKER, F., *El principio general de la Buena fe*, Edit. Civitas, Madrid, 1982, págs. 21 y ss.; DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, pág. 34; BENNATI, F., *Culpa in contrahendo, contratto e impresa*, Torino, 1987, pág. 245. Igualmente en lo que se refiere a la doctrina alemana; MEDICUS, *Zur entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, festgabe für MAXKASER zum 80, Geburtstag, Wien-Köln-Graz, 1986; DOLLE, *Aussergesetzliche Schuldlichkeiten*, Zges. Staats W. 103, 1943; HELDRICH, *Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Rect. In der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924; LARENZ, “Culpa in contrahendo Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt”, *MDR*, 1954. Y del mismo autor, *Lehrbuch des schuldrechts, i. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., München 1982. En la doctrina italiana, los escritos más famosos fueron: FAGGELLA, G., “Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ad esatta costruzione scientifica”, *Studi fadda*, III., Nápoles, 1906, pág. 269. ; FAGGELLA., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, pág. 36, este último constituye el texto monográfico más completo donde se dedicó a recopilar gran parte de todo lo construido en sus artículos en mención, o en otro texto del mismo autor: *Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Giur.*, 1909, pág. 128. Destacan igualmente los artículos publicados por este mismo autor en la *Rev. Crítica*, 1909, págs. 1 y ss; en la *Giur. Ital.*, IV, I, 1917; en la *Riv. Dir. Comm.*, 1910, págs. 1016, y 1917, pág. 129; en *Arch. Giur.*, 1909, págs. 128 y ss; BENATTI, F., *Culpa in contrahendo...op cit*, pág. 15-25; ALBERICI, A., “Il dovere precontrattuale di buona fede”, *Rass. Dir. Civ.* 1982, pág. 1901. ALBERTARIO, E., *Della responsabilità precontrattuale*, *Dir. Comm*, 1910, págs. 48 y ss. ; LOI, M.L. y TESSITORE, T. *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, págs.401 y ss.; aunque no podemos olvidar que fue gracias a los estudios de IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Oeuvres divisies*, Traducción francesa por DE MEULENAERE, O., 1893, Tomo II, págs. 1 a 100, que irrumpe la teoría de la *culpa in contrahendo* en el panorama de la civilística mundial.

extinción del vínculo (punto de llegada);⁴¹⁸ estos no implican que en todos los acuerdos de voluntades coincidan los actos de oferta y aceptación. Aun desde antes de la oferta suelen presentarse una serie de tratos previos, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada⁴¹⁹.

Los contratos requieren pues para su perfeccionamiento, el cruce de voluntades de quienes participan en él. Dicho momento suele estar precedido de dos pasos previos, que son la oferta y aceptación, que pueden entenderse de manera general como manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas a producir el efecto de formar un convenio, que puede estar dirigido a su vez a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo⁴²⁰.

⁴¹⁸ Cfr. STIGLITZ, R., *Contratos civiles y comerciales*, Parte general, Tomo I, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 440.

⁴¹⁹ Cfr. STIGLITZ, R., & STIGLITZ, G.A., *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 34; al definirlos ambos como: “diálogos preliminares que, en el iter negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato”.

⁴²⁰ UNIDROIT, “Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004”, 2ª ed en español, editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit, Roma, 2007, págs. 35 y 36.

Los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos periodos preparatorios en los que se discute, proyecta y se busca un entendimiento común. Y la relación que se genera de estos, es algo inherente al tráfico jurídico de nuestros días, a la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos y a la protección de quien confían fundadamente en la honorabilidad ajena. En este sentido es destacable la doctrina –DE CASTRO-,⁴²¹ tras examinar las teorías de las consecuencias jurídicas (Rechtsfolgentheorie) y del resultado social o económico (Grundfolkeutheorie), al señalar que: “el ordenamiento jurídico, en materia de derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones, por ello piénsese que los tratos preliminares en si mismos, son actos jurídicos simples y no actos en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos a los que el ordenamiento jurídico apareja unos concretos y determinados efectos.”

Observada la doctrina, pensamos que en estas negociaciones preliminares lo que realmente se persigue es realizar un diseño de contrato, o más exactamente un proyecto de contrato, y no debería haber en ellas voluntad de traducirla en fuente de relaciones jurídicas obligatorias, aunque bien es verdad, que si su fundamento lo tiene en la confianza determinada por la buena fe *in contrahendo*, en todo momento de estos tratos, conforme a las mencionadas, equidad y buena fe, expresadas con un consentimiento tácito o expreso, éstas implicarían que las negociaciones debieran seguir su curso hasta la oferta definitiva, excepto cuando hubiera un posible desacuerdo entre las partes⁴²², en

⁴²¹ DE CASTRO, F., “El negocio jurídico”, *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, Madrid, 1971, pág. 27 y ss.

⁴²² Debemos aclarar, que no es válida cualquier excusa o pretexto invocando la consabida libertad contractual, y por lo tanto no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría

dichos acuerdos preliminares, y éste fuera justificado por la divergencia de intereses económicos o cualquier otra condición que pudiera influir en el desarrollo del potencial contrato⁴²³.

En España, no existe un ordenamiento específico, por vía del art. 7.1, 1902, 1101 y 1007 del Cc, es perfectamente admisible en el ordenamiento jurídico, una responsabilidad con fundamento en la ruptura injustificada de las negociaciones por vulnerar las normas emanadas de la buena fe y del comportamiento leal y conforme al uso y tráfico del comercio. A falta de disposiciones que puedan orientar esta materia, hay que sumar que la jurisprudencia cuando ha tenido que manifestarse, lo ha hecho con pronunciamientos totalmente clásicos y tradicionales, situación esta que no debe extrañarse, ya que el tema aquí abordado nunca ha sido de mayor interés para la escuela civilista española, aunque es también importante clarificar que los pronunciamientos del Tribunal

calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente acusación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos, de tal manera que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son.

⁴²³ Normalmente la iniciación de esta fase, suele realizarse en el instante en que por primera vez las partes toman contacto, siempre que ese contacto no se haya establecido a través de la formulación de una oferta, dado que lo que se caracteriza la actuación de las partes en este periodo es que su actividad no se encamina directamente a la creación de relaciones obligatorias entre ellas, sino a la elaboración de una oferta que, una vez aceptada constituirá el contrato. Posición jurídica, que no se comparte, ya que si bien puede existir una oferta en firme por parte de un predisponente, hasta que no se de su aceptación por parte del destinatario de esta, no se refuta perfecta, por tanto las contraofertas y las negociaciones que de ellas se derivan en todo pueden ser consideradas como tratos preliminares. (*Cfr.* MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963).

supremo⁴²⁴ nunca han logrado adoptar una doctrina uniforme. Pero en el derecho comparado –y en concreto en la doctrina italiana–, si es más sencillo admitir una responsabilidad en estos tratos preliminares, con ocasión a una ruptura injustificada, ya que como se dijo anteriormente el Código de 1942, tiene consagradas dos normas que fundamentan dicha responsabilidad cuales son el 1337 y 1338.⁴²⁵

Concluyendo, todas las doctrinas –aún con posturas contradictorias–, coinciden en algo fundamental para el devenir de la relación y obligación jurídica de estos tratos y es que el comportamiento observado en este período que no tenga en su punto de mira evitar que se cause daño a otro –esto es, pudiera existir

⁴²⁴ La S.T.S. de 19 de julio de 1984, habla sobre naturaleza contractual de las relaciones con contacto social, tratos preliminares. Así como la Sentencia del 26 de enero de 1984 (R.J. 386), en la cual se establece que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase como una relación de derecho publico similar a un contrato de derecho privado, de tal forma que si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del 1902 Cc., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, existiendo obligación derivada de contrato o de relación jurídica previa existente. La Sentencia del 9 de julio de 1984 (R.A.J. 3802), es suficiente con que los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea este expreso o sea tácito, o incluso presunto, o por otra relación basada por ejemplo, en un supuesto jurídico-reales como la comunidad de bienes. Ya en la Sentencia del 16 de mayo de 1988 (R.A.J. 4308) se presentan posiciones aquilianas, frente a la culpa in contrahendo. En iguales términos la Sentencia del 6 de mayo de 1998, (EDE 3157) y la sentencia del 14 de junio y 16 de Diciembre de 1999, R.A.J. 4105 Y 8978 frente a la culpa in contrahendo.

⁴²⁵ El art. 1337 –Código italiano–, ofrece una sólida base para estructurar y por tanto hacer exigible una responsabilidad, ya que la norma impone a las partes la obligación de comportarse de buena fe, y por tanto se podrá decir, que cuando los tratos preliminares llegan a un punto en el que una de las partes, razonable y adecuadamente confía en la celebración del contrato, y la otra se aparta intempestivamente de las mismas, su conducta no sería honesta, correcta ni adecuada, y por tanto contraria al ordenamiento legal y al tráfico normal al que están avocadas las actuaciones negociales.

mala fe-, interviniendo culpa o negligencia (independientemente que ésta sea directa o eventual), generará responsabilidad, y ésta será denominada culpa *in contrahendo*.

Lo que se trata de poner en claro es que, cuando un parte, por su forma de comportarse, ha generado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión de un negocio lícito, es que para interrumpir los tratos necesita una justa causa, y si no lo hiciera, incurriría en responsabilidad⁴²⁶.

2. LA BUENA FE *IN CONTRAHENDO*

De vital importancia a la hora de contraer y establecer contratos –cualquiera que sea su índole-, lo establecen los tratos preliminares al mismo⁴²⁷. Es *communis*

⁴²⁶ Relevante igualmente es la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, as. Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA y Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), en donde la Decisión del Tribunal, negó el carácter contractual de una acción en la que se invocaba la responsabilidad precontractual del demandado, resolviendo dicho Tribunal Europeo textualmente, “las circunstancias caracterizadas por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte de las partes frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la ventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual”.

⁴²⁷ Vid. GETE-ALONSO, M.C., Prólogo a LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 7 y 8. Éstos tratos preliminares son especialmente importantes en la medida en que, como es sabido, los ordenamientos jurídicos codificados no prestaron una particular atención a la fase precontractual, como el caso de nuestro Código Civil, aunque si que es posible encontrar en el mismo una serie de elementos que permiten vislumbrar los principios que presiden esta fase y que, más recientemente, se han tenido en cuenta por el legislador -esencialmente en la buena fe (así por ejemplo en los artículos 1460, 1483 y 1486, en materia de saneamientos por vicios y evicción en la compraventa, establece supuestos de responsabilidad ante la insatisfacción del interés del acreedor que tienen su origen en la fase previa a la celebración del contrato.

opinio que estos tratos no constituyan *per se* un acto jurídico en sentido estricto. Es verdad que dichos tratos no vinculan, ahora bien, la ausencia de un vínculo contractual no significa que quienes negocian estén libres de cualquier deber entre sí⁴²⁸. Se supone que las partes desean llegar a un acuerdo y, para ello, cada una cuenta con las actuaciones y declaraciones de la otra, lo que exige una actuación conforme a la buena fe, cooperativa y acorde, con las más elementales reglas de lealtad negocial⁴²⁹.

A) Conceptualización, objeto y consecuencias

Así, podemos afirmar que la buena fe resulta ser fuente de creación de determinados deberes de conducta exigibles en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Especialmente relevante, por referirse al ámbito de las redes de franquicia, resulta el artículo 6 de la Ley italiana N° 129, “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, de 6 de mayo de 2004 –más tarde desarrollado-, el cual afirma:

⁴²⁸ Cfr. DÍEZ- PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Tomo I, Madrid, 2007, cuando señala que aunque no sea una genuina relación jurídica, el hecho de relacionarse o de entrar en contacto, determina entre las partes ciertos deberes.

⁴²⁹ Como ha señalado la doctrina, LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información...*, *op. cit.*, pág. 16; tal “consentimiento, expreso o tácito”, implica que las negociaciones deben seguir su curso hasta la oferta definitiva, a menos de un desacuerdo previo, justificado por la divergencia de intereses económicos, tal como resultaría de las proposiciones parciales en el supuesto de que éstas, se supusiesen mantenidas. Salvo tal divergencia económica así caracterizada –prosigue- “la retirada arbitraria, pura y simple, no justificada por ninguna razón comercial deducida de las negociaciones mismas, sigue siendo posible, ya que la voluntad es en este caso libre. Sin embargo, en tanto que contraviene a la buena fe que debe presidir y regir durante las relaciones contractuales, debe determinar, por lo tanto, una responsabilidad”.

L'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi.

Esto es, “establece una obligación común a franquiciador y franquiciado de actuar en sus relaciones precontractuales de acuerdo con las reglas de la lealtad, corrección y buena fe”.

Durante el desarrollo de los tratos preliminares, este principio general de la buena fe impone a las partes una serie de derechos como hemos observado, derivados de esta *bona fides in contrahendo*, como son en este caso, el de guardar el secreto y la discreción debida⁴³⁰, el de custodia y conservación del objeto u objetos del futuro y eventual contrato -deber de protección⁴³¹- y, sobre todo, el deber de suministrar determinadas informaciones⁴³².

⁴³⁰ *Vid.* DÍEZ – PICAZO, L., *Fundamentos...., op.cit.* T.I, pág. 314.

⁴³¹ Este deber se refiere a la necesidad de que una de las futuras partes contratantes observe la diligencia necesaria en la guarda de las cosas que le han sido confiadas por la otra.

⁴³² En este sentido la doctrina es unánime, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La reticencia en la formación del contrato”, *ACV*, Vol.3, 1998, pág. 197; PIETROBON V., *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, 1990, pág.104; ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, 1971; por todos, en cuanto a las relativas informaciones que se han de dar en dicho contrato.

Debemos hacer constar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto equivalente, al artículo 1337 del *Código Civile*⁴³³. Así, nuestro artículo 1258 Cc, no contempla esta buena fe *in contrahendo* (en el periodo anterior a la perfección de los contratos). Cuando se habla de buena fe se debe distinguir entre buena fe objetiva y subjetiva, esta última se relaciona más con la psicología individual -al consistir en una creencia nacida en un error o de una ignorancia excusable-, que considerar la propia conducta, conforme a Derecho. Sin embargo la buena fe objetiva, se refiere a la corrección moral de una conducta de acuerdo con el tipo de negocio del que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas, y jurídicas en las que se inserte, implicando además una serie de estándares de conducta dentro del tráfico jurídico. Es el propio Tribunal Supremo, quien define la buena fe, como: *respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el control y feliz término de todo negocio*. (Sentencia del TS de 3 de Abril de 1968), o igualmente como; *exigencia de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimiento a las consecuencias que todo*

⁴³³ El Artículo 1337 del Codice civile señala: *Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

Sobre la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano, ver igualmente los trabajos realizados por, BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963 ; SAPONE, N., *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, 2008 ; DE MAURO, A. / FORTINGUERRA, F. / TOMMASI, S., *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, 2007 ; MONTARULI, V., *La responsabilità precontrattuale*, Linea Professionale, 2005 ; PALMIERI, D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1999 ; MONATERI, P.G., *La responsabilità precontrattuale e precontrattuale*, Utet, 1998; STELLA RICHTER, G., *La responsabilità precontrattuale*, Utet, 1996; entre otros.

acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena.
(Sentencia del TS de 8 de Julio de 1981).

B) Incidencia en los contratos

El artículo 7.1 del Cc, plasma un concepto objetivo de buena fe, establecido por referencia, no a las concretas creencias subjetivas de una persona, sino a un modelo de conducto tipo ajustado a patrones externos. Como principio general, la buena fe desarrolla un criterio valorativo que puede servir tanto para la construcción de nuevas formas jurídicas, como para introducir ciertas alteraciones en las existentes; de este modo, la buena fe genera deberes de conducta leal entre las partes, no sólo en la ejecución del contrato -como expresamente establece el art.1258 Cc-, sino también en la etapa previa a su celebración, integrando las previsiones legales sobre éste. Podemos concluir determinando que el franquiciador y franquiciado en el momento que entran en negociaciones, conversaciones o tratos preliminares con el firme propósito de celebrar un contrato de franquicia, que acabe vinculando a ambas partes, están obligados a actuar conforme al principio de buena fe *-in contrahendo-*, y en el caso de que uno de ellos no actúa como tal, incurrirá en responsabilidad o culpa *in contrahendo*. Quizás la discusión estibaría simplemente en el fundamento de la normativa aplicable a esta responsabilidad, esto es, en la naturaleza de la responsabilidad precontractual, especialmente en ordenamientos que, como el nuestro, carecen de normas específicas dirigidas a esta etapa del *iter negocia*⁴³⁴.

⁴³⁴ Tradicionalmente se distingue entre teorías contractualísticas, teorías extracontractualísticas e, incluso, teorías eclécticas. La más antigua es la contractualística, donde se defiende la aplicabilidad del artículo 1101 del Cc a la responsabilidad precontractual, partiendo del conocimiento de que, con el inicio de los tratos preliminares, las partes crean entre sí una relación legal de obligación en sentido técnico-jurídico. (En este sentido, la resolución de la

En materia de responsabilidad, doctrina y jurisprudencia, atendiendo a los criterios de la buena fe *in contrahendo* y los principios, han sistematizado los elementos que deben concurrir para que exista responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones. Se trata de una serie de elementos cumulativos, de modo, que en caso de que uno de ellos no se cumpla, no será posible apreciar la responsabilidad precontractual⁴³⁵. Para ello se requerirá: la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato, el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones, la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y, por último, la relación de causalidad entre ese daño y la confianza suscitada. La ruptura de las negociaciones se liga indefectiblemente al interés en la protección de la confianza. El carácter justo o injusto de la ruptura, dependerá de la creación de una confianza razonable en la conclusión del contrato, y en este sentido, para determinar si la ruptura de las negociaciones ha violado o no la buena fe en sentido objetivo, procede efectuar un juicio comparativo entre la conducta precedente mantenida durante las negociaciones y la conducta sucesiva

STS de 2 de diciembre de 1976, estimó, “que a causa de las negociaciones entre las partes existía un contrato preliminar cuyo incumplimiento acarrearía la responsabilidad *in contrahendo* a la que era de aplicación el artículo 1101 Cc”). Por su parte, los partidarios de la teoría extracontractual, mayoritaria en nuestra doctrina, son -entre otros-, MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad o culpa *in contrahendo*”, *ADC*, 1995, pág. 1009; FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., “Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares ex artículo 1902 Cc”, *RDP*, N°4, 2000, págs. 288 y ss; y CAVANILLAS MÚGICA, S., “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999”, *CGJC*, 1999, pág.1237; e igualmente -y en el mismo sentido-, en la doctrina italiana; LOI, M. / TESSITORE, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Guiffré, 1975. Y por último, las teorías eclécticas, que consideran que no se puede calificar la responsabilidad precontractual alternativamente de contractual o extracontractual, pues un mismo acto cobraría diferente naturaleza en función de las circunstancias creando un dualismo de régimen jurídico.(Cfr., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de Franquicia. Delimitación y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, 1995).

⁴³⁵ Cfr. MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

constitutiva de la ruptura. Debemos igualmente considerar la ruptura, como un punto de partida, mientras que el aspecto esencial y al que debe atender dicha ruptura, serán las circunstancias que dan lugar a ese desenlace. Por su parte, para fijar si se ha vulnerado el principio general de la buena fe, habría que atender a las conductas de los sujetos, y no a sus creencias. La buena fe objetiva es ajena al sujeto y le impone un elenco de pautas de comportamiento -a diferencia de la buena fe subjetiva-, que describe un estado psicológico del sujeto, que está en la creencia de que éste actúa basándose en su propio derecho o que ignora que está lesionando un derecho ajeno⁴³⁶. Por lo tanto, si observásemos que no se ha cumplido con un estándar de conducta coherente y exigible, derivada de una diligencia *in contrahendo*, y habiendo generado una confianza en la contraparte respecto a la conclusión del contrato de franquicia -finalmente defraudada-, habrá que considerar, que el deber de actuar de buena fe ha sido totalmente infringido, y ello implicará, no sólo que se genere responsabilidad precontractual en los casos de mala fe, sino incluso, cuando la conducta, a pesar de no constituir estrictamente un carácter ilícito, si suponga un desistimiento intempestivo o arbitrario, (esto es, un comportamiento en ruptura que viola los usos impuestos por la equidad comercial). Por tanto, le corresponderá al Juez o incluso “arbitro” (como expondremos más adelante), el valorar el desenvolvimiento de las conversaciones y determinar en que medida la buena fe del que confiaba en la conclusión del contrato, se ha visto lesionada, para de esta forma, establecer los intereses dignos de tutela y determinar sobre qué parte deben recaer las consecuencias jurídicas de tal ruptura. En este último caso es relevante –y así lo muestra nuestro ordenamiento con su nueva legislación, al igual que los ordenamientos franceses,

⁴³⁶ Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho español y presencia en otros ordenamientos*, Erandio, 1989.

belgas, italianos, chinos y estadounidenses-, que se imponga la obligatoriedad de hacer entrega en un plazo anterior a la firma del contrato, un documento de información precontractual y, al mismo tiempo, un período de reflexión para poder emitir un consentimiento libre y con conocimiento de causa por la otra parte, dejando claro que dicho documento no puede considerarse como manifestación del grado de madurez de las negociaciones, sólo en el caso que después de comprometerse tras el cumplimiento de la entrega del documento y del periodo de reflexión, iniciadas ya actuaciones tendentes a la definitiva estipulación del contrato y a su ejecución, una de las partes decidiera romper las negociaciones arbitrariamente y sin causa justa.

El daño resarcible en los supuestos de incurrir en responsabilidad precontractual se limitará al interés negativo, que comprenderá todos los gastos realizados en contemplación del contrato proyectado (el denominado “daño emergente”). Los más habituales serían los costes ocasionados con motivo de la realización de viajes, la contratación de personal cualificado -como pueden ser los casos de traductores o intérpretes-, la solicitud de créditos o registros, los gastos de instalación que se hubieran realizado, los gastos de adquisición de infraestructuras llegado el caso, los gastos derivados de potenciales compromisos adquiridos frente a terceros en relación con las expectativas generadas; en cuanto al lucro cesante –la doctrina, a la cual nos sumamos-, no estimamos que tuviese que incluirse, en la medida en que, la separación de las negociaciones en atención a una oferta que resulte más ventajosa, se presenta a nuestro entender como un motivo justo de abandono de las mismas y, si no se produjo la separación, el riesgo correspondiente ha de ser asumido por quien se abstuvo.

El único texto donde tendría cabida el citado lucro, podría ser en el artículo

6.4 PCEC, que establece que la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar:

*Como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de las ocasiones similares causada por los tratos pendientes*⁴³⁷.

3. REFERENCIAS A LA NEGOCIACIÓN

Debemos comenzar afirmando que en un principio todos los contratos son negociables⁴³⁸, pero por desgracia en la mayoría de los casos en los contratos de

⁴³⁷ Cfr. ORTI VALLEJO, A., "Incumplimiento del contrato en el moderno derecho europeo", en *la Gaceta Jurídica de la empresa andaluza*, Marzo, 2014.

⁴³⁸ Debemos hacer un inciso y recalcar que en el contrato que nos compete, no sólo la negociación se realizará de manera verbal y se podrá plasmar tanto en forma escrita como simplemente realizarse de manera verbal, sino incluso por extraño o imposible que alguien piense que esta relación contractual que se materializa mediante los contratos de franquicia entre ambas partes –franquiciador y franquiciado–, se podrán establecer, y nada impide lo contrario de manera verbal, como ejemplo citamos la Sentencia del TS de 9 de marzo (Sala de lo Civil, Nº 2266/2003), en la cual el Tribunal resuelve en casación la cuestión planteada por la parte inicialmente demandada que alegaba la aplicación de la normativa reguladora del contrato de franquicia, y alegaba que el contrato que le unía con el demandante era un contrato verbal de franquicia. Y así finalmente el Tribunal Supremo entendió que la “interpretación dada por la Sala de Instancia a la naturaleza de las relaciones contractuales entre las partes de donde deriva que la calificación del contrato es absolutamente correcta, puesto que las pruebas aportadas por la recurrente en su momento no permiten llegar a otra conclusión que la de que entre ambas se había celebrado un contrato de suministro y no uno de franquicia”. Observada la sentencia, si queremos evitar todo este tipo de engorrosas interpretaciones y pleitos de cuantías elevadas –además de muy demorados en el tiempo–, deberemos llamar a cada contrato con su nombre y plasmarlo en documentos escritos a los que en caso de duda se pueda acudir a su interpretación.

franquicias tenemos que partir de la base de que cada franquiciador, al menos los que están bien organizados, tienen previamente elaborados modelos estandarizados con anterioridad a la puesta en marcha de su negocio de franquicias. Este modelo suele ser mejorado, obviamente si cuenta con equipo jurídico adecuado, a medida que va desarrollando el negocio, añadiendo nuevas cláusulas, resolviendo los problemas que los otros contratos han planteado, aprovechando los contenciosos que hayan podido tener con franquiciados o simplemente recogiendo sugerencias de otros franquiciadores e incluso de los propios franquiciados. El contrato se ha transformado prácticamente en un contrato de adhesión y la posibilidad de modificación del mismo es escasa, pero ahí es donde debemos actuar y negociar posibles cláusulas, que en definitiva sean beneficiosas para ambas partes contratantes. Indudablemente que existen distintos tipos de franquiciadores⁴³⁹, pero nuestro objetivo se deberá centrar en intentar

⁴³⁹ Así, JIMÉNEZ MARISCAL, S., *Claúsulas de los Contratos de Franquicia, V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior*, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, 1998. Señalaba que, "... a tal efecto podíamos encontrar cuatro tipos de franquiciadores, los "noveles", que han elaborado su negocio de franquicia hace poco tiempo y comienza su andadura vendiendo franquicias, se puede decir que este es el franquiciador más asequible para un posible franquiciado, ya que, a pesar de haber obtenido el asesoramiento de un despacho de abogados, le falta la experiencia y además suele estar ansioso en poder vender su franquicia y obviamente suele ser más asequible a la negociación e, incluso, puede ceder en cláusulas que cuando ya se haya consolidado nunca cederá. Los "experimentados", que después de un proceso de implantación ya han conseguido una pequeña (o grande) cuota de mercado y están en mejores condiciones de ofrecer su franquicia, es claro que su posición negociadora varía e incluso se permite seleccionar al candidato, las condiciones de su contrato son más difíciles de alterar y la negociación más dura, estos franquiciadores permiten menos concesiones. Los "consolidados", aquí la negociación es clara, lo firmas o lo dejas. Y por último, los "extranjeros", que suelen estar muy consolidados en sus países y estar asesorados (sobre todo los británicos y los americanos) por importantes despachos de abogados que no permiten casi ninguna modificación en su contrato de franquicia hasta tal punto que, incluso cuando encargan que analicen el contrato y comprueben su adecuación a la legislación española, rechazan la mayoría de las modificaciones que les puedan proponer.

negociar, si no ya contratos, si cláusulas de los mismos, en definitiva, tendremos que tratar en todo momento de intentar perder la condición de parte “débil” contractual, y ahí es donde nos vamos a centrar nuestro posterior análisis.

A la hora de iniciar un proceso negociador para intentar concluir un contrato de franquicia e iniciar el modelo de negocio se hace necesario tener en cuenta todas las cláusulas que integran el contenido del repetido contrato, intentaremos exponer las cláusulas que nos podrán aparecer en este tipo de contratos, al igual que la solución a las mismas de la manera más proporcional y justa para ambas partes.

4. FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPLEJIDAD DEL CONTRATO

Partiendo de que cuanto mayor sea la probabilidad de oportunismo por las partes, mayor será el número de salvaguardias contractuales y, por tanto, más complejo será el contrato, expuesta dicha reflexión, es necesario, por tanto, establecer en qué situaciones es más probable que exista oportunismo para determinar si esto afecta o no a la complejidad del contrato.

A) Las inversiones en los activos específicos

En el ámbito de la franquicia, tanto franquiciador como franquiciado realizan inversiones específicas⁴⁴⁰. Así, el franquiciado, además de pagar un canon de entrada y unos royalties al franquiciador, realiza otra serie de inversiones para poder poner en marcha el negocio, tales como compra o arrendamiento del establecimiento, diseño y decoración del mismo, compra de maquinaria, formación de trabajadores, etc. Por su parte, el franquiciador está obligado a proporcionar al

⁴⁴⁰ Aquellas inversiones que no pueden ser fácilmente empleados para otros usos, de tal manera que su valor actual siempre es superior al valor que pueda tener en cualquier uso alternativo.

franquiciado una formación y una asistencia, e incluso asesoramiento en cuanto a la selección y ubicación del establecimiento, a la contratación de trabajadores, etc.

Bajo estas circunstancias, la identidad del socio y la continuidad de la relación es especialmente importante puesto que, por una parte, tanto franquiciador como franquiciado pueden estar especialmente incentivados a tener comportamientos oportunistas para apropiarse de las rentas generadas por esos activos específicos y, por otra, porque en caso de terminación de la relación contractual, la mayoría de esas inversiones no van a poder ser recuperadas. En consecuencia, ante la presencia de activos específicos lo más adecuado será, diseñar contratos más complejos que cubran las consecuencias derivadas de la terminación del mismo, así como de los comportamientos oportunistas⁴⁴¹.

B) La experiencia del franquiciador

En segundo lugar la experiencia que tenga el franquiciador en el mundo de la franquicia también puede influir en la complejidad del contrato. Así, a medida que dicha experiencia es mayor el franquiciador va aprendiendo de los errores pasados, de tal manera que cuestiones (contingencias) que en un principio no consideraba importantes de cara a reflejarlas en el contrato, posiblemente por ignorancia, y que le creaban problemas, va introduciéndolas en la redacción de los nuevos contratos. En consecuencia, cuanta mayor sea la experiencia de la cadena diseñará contratos más sofisticados y, por tanto, más complejos.

⁴⁴¹ *Vid.* POPPO, L., y ZENGER, T., "Do formal contracts and relational governance function as substitutes or complements?", *Strategic Management Journal* 23, 2002, págs. 707-725.

C) La imagen como garantía de éxito

Otro factor determinante lo va a ser si un franquiciador ha desarrollado una importante red durante varios años, su imagen entre los potenciales franquiciados va a ser muy buena, de tal manera que la mayoría de ellos van a estar dispuestos a incorporarse a la red como tales, puesto que saben que se van a introducir en un negocio probado extensamente y que el franquiciador tiene mucho capital reputacional que perder en caso de incumplimiento⁴⁴². Así pues, bajo estas circunstancias, ante la firma del contrato, estos potenciales franquiciados no van a exigir al franquiciador un contrato excesivamente detallado, puesto que son conscientes de que la probabilidad de comportamientos oportunistas por parte del franquiciador es muy pequeña. La importancia del esfuerzo del responsable del establecimiento será una de las principales diferencias y complejidades ya que, entre los establecimientos propios y los franquiciados, los incentivos de los franquiciados son mucho más fuertes que los de los gerentes de los establecimientos propios, debido a que, al ser los propietarios de los establecimientos que dirigen y tendrán una mayor preocupación por maximizar la renta residual.⁴⁴³ Teniendo en cuenta lo anterior, cuanto más necesario sea el esfuerzo del franquiciado para el éxito de su establecimiento más incentivos es necesario otorgarle, lo que se traduce en la necesidad de recoger en el contrato un mayor número de cláusulas que, por una parte, lo incentiven a esforzarse en el

⁴⁴² Cfr. ARRUÑADA, B., GARICANO, L., y VÁZQUEZ, L., "Contractual allocation of decision rights and incentives: The case of automobile distribution", *Journal of Law, Economics and Organization* 17, 2001, págs. 256-283.

⁴⁴³ Vid. NORTON, S., "An empirical look at franchising as an organizational form", *Journal of Business* 61, 1988, págs. 197-217.

desarrollo de su actividad y que, por otra parte, lo desincentiven a generar problemas de *free-rider*.

SECCIÓN XVIII.- LAS CLÁUSULAS Y SU “MODUS OPERANDI”

1. CLÁUSULAS REFERENCIADAS AL IDIOMA

Observadas las diligencias preparatorias del contrato de franquicia, y las posibles responsabilidades en que podrán incurrir ambas partes⁴⁴⁴, es el momento de exponer las cláusulas que pueden interferir o incluso, que podemos y debemos negociar, a la hora de concretar un exitoso contrato de franquicia. Es un tema de vital importancia a la hora firmar el contrato, y en orden al manejo de las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado, en especial en materia de contratos internacionales de franquicia, el que se refiere al idioma que va a regir el desarrollo de las relaciones comerciales de las partes. El idioma del contrato de franquicia es de absoluta relevancia al punto que la falta de precisión en los términos jurídicos, podría hacer inoperantes o inaplicables las cláusulas del contrato. El hecho de que se realice una traducción literal del documento podría llevar a desvirtuar totalmente la intención de las partes en cada una de las obligaciones asumidas, y la interpretación que los jueces o los árbitros (según sea el caso), hagan del documento, va a ser completamente equivocada.

2. CLÁUSULAS RELATIVAS AL PRECIO Y A LOS PAGOS

Al ser el contrato de franquicia un contrato oneroso, vinculado a un precio y a la realización de una serie de pagos, es la obligación principal del franquiciado efectuar los pagos correspondientes al contrato de franquicia. Éste quizás sea el principal aliciente que lleva al franquiciador a decidir la celebración de un contrato

⁴⁴⁴ “Responsabilidad” que ampliamente desarrollaremos en la posterior Sección XX, “La responsabilidad en la franquicia”, de este mismo Capítulo de la tesis.

de franquicia (amen de las razones ya expuestas, de internacionalización de la marca, creación de empleo, etc....).

Las principales obligaciones de pago que el franquiciado tiene que efectuar, por formar parte del sistema de franquicia, son las siguientes:

A) Derecho de entrada o fee entrance

El derecho de entrada o *fee entrance*, es el pago inicial que efectúa el franquiciado y que se corresponde con la cuota inicial que cubre el pago de los derechos de hacer negocios bajo los distintivos adoptados por el sistema y con la misma organización y métodos operativos del franquiciador. El propósito principal de este pago es reembolsarle al franquiciador, los gastos en los cuales incurrió en el otorgamiento de la franquicia. La remuneración a pagar por este derecho de entrada debe de ser estipulada y recogida en el contrato de franquicia.

El importe a establecer en el derecho o canon de entrada, dependerá de varios factores: en primer lugar del índice de penetración y conocimiento del nombre y marca del franquiciador; a continuación del grado de competencia existente; igualmente variará en función de la extensión de las zonas concedidas; de las posibilidades y expectativas de rentabilidad del negocio; del nivel de inversión; y en muchos de los contratos, del plazo de duración de los mismos.

B) Regalías o royalties

Otro de pagos que deberá realizar el franquiciado serán las regalías o pagos continuos (*royalties*), que son pagos periódicos, generalmente mensuales, (aunque en algunas ocasiones anuales), que se convienen contractualmente como contrapartida a los beneficios que obtiene el franquiciado por la utilización del nombre y marca del franquiciador, así como por los servicios que éste presta con carácter continuo.

La cuantía a la que pueden ascender dichos royalties puede ser de diferentes formas:

- a) **Cantidad fija:** es recomendable esta fórmula en aquellas franquicias en las que resulta muy difícil comprobar la recaudación⁴⁴⁵.
- b) **Un canon o porcentaje** (sobre compras, ventas o resultados) siempre que se pueda comprobar la venta de caja el porcentaje, ésta es la fórmula⁴⁴⁶.
- c) **Mixto** (Un fijo más un porcentaje)
- d) **Sin Canon;** en algunas franquicias, en las de distribución especialmente, los franquiciadores no establecen ningún tipo de canon (salvo el de

⁴⁴⁵ Por ejemplo, un cliente que quiera montar una franquicia sobre un negocio de bar de “tapas”. Como todos sabemos, la mayoría de las franquicias nace o debería nacer del éxito de un negocio determinado explotado por su propietario, que decide difundirlo mediante la franquicia. En un bar de tapas, las materias primas son difíciles de comprobar. El titular de una franquicia sobre dicho establecimiento podría declarar al franquiciador las ventas de forma fraudulenta sin que el éste, pudiese hacer nada para comprobar la realidad. Las compras de bebidas son asequibles para cualquiera, y las ventas, aunque estén conectadas por “módem” con el franquiciador, pueden ser fácilmente despistadas. En estos supuestos es más aconsejable una cantidad fija en concepto de royalty. Esta fórmula evita fraudes, aunque a veces puede ser muy injusta y hacer que el franquiciado se vea imposibilitado de afrontar pagos, sobre todo al inicio de explotación del local. Algunas franquicias para evitar estos males, y fruto de la experiencia, establecen pagos fijos al principio de reducida cantidad, que se irán incrementando paulativamente tras el transcurso de los años.

⁴⁴⁶ Hay muchas franquicias en las que el franquiciado ha de proveerse del producto directamente del franquiciador. La venta de caja contrastada con las compras realizadas al franquiciador permite fácilmente contrastar los resultados declarados. En otros casos, como academias de idiomas, tiendas de complementos, muebles, etc. es difícil comprobar las recaudaciones y en algunos casos le es más costoso al franquiciador establecer un cuerpo de inspección de tiendas que aceptar los pequeños “escapes” que se produzcan en las declaraciones. También se suele establecer una cantidad mínima exenta de royalty, o un royalty decreciente.

publicidad, en su caso). Son las franquicias de marca (especialmente de moda, textiles, ropa) construcción, mobiliario, tiendas de fotografía, helados de marca, etc. El franquiciado solo puede vender los productos de la marca que le suministra el franquiciador. El beneficio del franquiciador en estos casos está en el propio suministro de los productos y no ha de complicarse la vida con cánones o liquidaciones mensuales. Al franquiciado, esta fórmula le evita problemas y costes de administración.

e) **Canon objetivo**; en otros casos, se establece un canon atendiendo a la superficie del local, la localización del mismo, o la población donde se ubica. Aunque en la mayoría de los casos se establece pagar un porcentaje sobre las ventas del franquiciado ya que es un medio objetivo de valorar las ventajas reales que obtiene cada franquiciado. La cuantía a la que deben ascender las regalías es algo que tiene que ser decidido con objetividad por el franquiciador, existiendo diversos factores a tener en cuenta en orden a calcularla:

- a) Beneficio que se espera obtenga el franquiciado en el desarrollo de su actividad.
- b) Duración del contrato.
- c) Obtención de una utilidad razonable por parte del franquiciado.

C) Cánones previstos para las campañas de promoción y publicidad

La contribución a la publicidad y al desarrollo, en la mayoría de los casos, se encuentra centralizada y administrada por el franquiciador. En este supuesto el franquiciador, exige a los franquiciados una regalía independiente para tal concepto.

D) Otros pagos o cánones previstos según los modelos de negocio

Y por último, nos podemos encontrar con otros pagos o cánones de difícil concreción –pero por otro lado, lógicos–, donde se incluyen conceptos tales como; pagos por honorarios de asesoramiento, cuotas y derechos tales como los depósitos de garantía, los cuales se emplean para garantizar el pago de toda la deuda que el franquiciado tenga pendiente con el franquiciador. Existen igualmente otros pagos, como los derechos de renovación, e incluso en algunos contratos hemos observado pagos por supuestos casos en concepto de transferencias, los cuales deben ser pagados por todo franquiciado obligatoriamente cuando hipotéticamente –y empleamos tal término porque la realidad nos muestra que son muy escasos los contratos que permitan la inclusión de cláusulas que permitan tal garantía., traspase su franquicia a un tercero.

Se han dado casos conflictivos, como el caso de la franquicia Burger King, en concreto en la Suprema Corte Americana (May 20, 1985, 471 U.S. 462 (1985), No. 83-2097), donde tras acordarse una serie de pagos contractualmente, incluyéndose lógicamente los royalties, cánones obligatorias por parte del franquiciado, pues bien tras la antigua crisis energética americana de principios de los 80, al influir la misma en los negocios, muchas empresas se vieron avocadas al cierre de las mismas, y algunas franquicias, como la que nos ocupa decidió repercutir unos excedentes de pagos –nuevos royalties no estipulados–, para sufragar y compensar las pérdidas multimillonarias de la franquicia. Y tras unas contradicciones jurisprudenciales –en primera instancia se concedió la razón al franquiciador, en apelación a los franquiciados, y finalmente, el Supremo de nuevo resolvió a favor del franquiciador–, finalmente resolvió aparte del franquiciador, recuperando éste todos los débitos de dichos royalties por parte de sus franquiciados, alegando el Tribunal, que nos encontramos con un contrato oneroso y la obligación de contraprestaciones económicas son condiciones obligatorias.

3. CLÁUSULAS SOBRE LA TRANSMISIÓN DEL KNOW-HOW Y LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

El *know-how* se define indirectamente en el Artículo 39(2) del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*⁴⁴⁷. Dicho precepto, que se ocupa de la información no revelada, señala tres condiciones que la información no comunicada debe satisfacer para que pueda ser sujeta a protección:

Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

Secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, conocida en general ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;

Con un valor comercial por ser secreta;

Y objeto de medidas razonables en las circunstancias para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Una definición del *know-how* que es similar a la de información no comunicada contenida en el Art. 39(2) del Acuerdo sobre los ADPIC, es la contenida en la Regulación de Exenciones para la Franquicia de la Unión

⁴⁴⁷ Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés "TRIPs", el cual está contenido en un anexo al Acuerdo por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio* firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

Europea⁴⁴⁸. La regulación interna de algunos países también contiene definiciones similares. Debería hacerse notar que la adopción de, o el acceso a, el Acuerdo sobre los ADPIC conducirá a que se ofrezca al *know-how* similar protección en un amplio número de jurisdicciones. Las partes de un contrato principal de franquicia deben por lo tanto asegurarse de que lo que llaman *know-how* reúne las condiciones de protección según el Acuerdo sobre los ADPIC.

A) Secreta, con valor razonable y susceptible de medidas razonables para su protección

La condición de secreto es una de las repetidas en los instrumentos internacionales adoptados. Este es también el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, que de hecho proporciona una definición de secreto cuando afirma en el Artículo 39(2) que, para que la información no comunicada sea secreta, no debe, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, ser “generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión”⁴⁴⁹. A la persona legalmente en poder de la información se le exige que adopte “medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta. La obligación de adoptar medidas razonables es así impuesta no sólo al propietario de la

⁴⁴⁸ Reglamento n. 4087/88 de la Comisión (CEE) de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en BOCE CEE L 359/46, de 28 de diciembre de 1988, Artículo 1(3)(f): “know-how”, [significa] *un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado.*

⁴⁴⁹ Esta definición deja claro que el secreto absoluto de la información no es necesario, ya que es suficiente para la información no ser fácilmente accesible a quienes normalmente tratan con la información en cuestión.

información, sino también a prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado”.

Por lo tanto a la hora de realizar el contrato de franquicia se han de fijar e identificar claramente que conceptos y bienes inmateriales serán objeto de transmisión, y los más importantes serán los del know - how, marcas, símbolos, nombres, enseñas y demás derechos de propiedad industrial que como estudiaremos en la siguiente sección son considerados como la piedra angular sobre la que se sostiene el sistema de franquicias. Así pues, a la hora de negociar un contrato de franquicia se debe de realizar una descripción detallada del sistema que se contrata, y que incluye el know - how, marcas, símbolos, derechos de autor, imagen corporativa y good - will. En este sentido, las obligaciones que deberán recogerse en esta cláusula son las siguientes:

B) Obligaciones para el franquiciador con respecto al know-how

Deberá,

- A) Posibilitar al franquiciado el uso del know - how.
- B) El franquiciador se obliga mediante el contrato a transmitir un derecho de utilización en positivo, por lo tanto, deberá realizar todo aquello que sea necesario para hacerle posible al franquiciado el ejercicio de ese derecho. El know - how deberá de reunir determinadas condiciones, sin las cuáles, la cosa objeto del contrato padecerá vicios.
- C) En esta cláusula, el contrato deberá de prever el asesoramiento técnico que el franquiciador tendrá que impartir.
- D) El franquiciador deberá de aportar la marca de los productos o el servicio, el emblema o la enseña, sus signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial.

E) Marcas (De productos y De servicios).

F) Nombre Comercial.

G) Patentes.

Por lo tanto, el franquiciador deberá autorizar el uso por parte del franquiciado de los derechos de propiedad industrial que detecte. En este sentido, dicha cláusula deberá reflejar si el franquiciado ha obtenido el derecho a operar directamente la franquicia, o si también ha adquirido el derecho a cederla parcialmente a subfranquiciados.

C) Obligaciones para el franquiciado con respecto al know-how

Deberá por su parte,

- 1.- Usar los derechos de propiedad industrial de forma adecuada, con el objeto de proyectar una misma imagen corporativa y de informar al franquiciador acerca de las usurpaciones que sobre los mismos se puedan producir, en orden a ejercer las acciones legales que como titular le correspondan.
- 2.- Reconocer la validez, la propiedad de las marcas y nombres comerciales del franquiciador. Esto implica que deberá de hacer uso del derecho de utilización que se le transmite, con absoluta sumisión a las instrucciones recibidas.
- 3.- Obligación de ejercicio del know - how, en orden a conseguir una imagen y un posicionamiento en el mercado.
- 4.- Obligación de mantener el good - will y la imagen corporativa, así como de cumplir con estándares de calidad y todas las demás directrices y técnicas que hayan sido definidas por el franquiciador.

D) Obligaciones propuestas por el Código Deontológico Europeo de las Franquicias

Igualmente, por su parte, el CDEF⁴⁵⁰ establece como obligación del franquiciado, las siguientes:

- 1.- Dedicar sus mejores esfuerzos al crecimiento de su negocio de franquicia y a la conservación de la identidad y la reputación comunes de la red de franquicia.
- 2.- Además, el Código Deontológico Europeo de las Franquicias, establece como obligación conjunta y de carácter continuado de las partes firmantes de un contrato de franquicia, la siguiente: que las partes deberán actuar de forma equitativa en sus relaciones mutuas; que el franquiciador deberá comunicar por escrito a sus franquiciados individuales cualquier infracción del contrato y, cuando proceda, concederá un plazo razonable para solucionar un eventual incumplimiento. Las partes deberían resolver, de buena fe y con buena voluntad, sus quejas, litigios y disputas, mediante la comunicación y la negociación directas, leales y razonables.

4. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD

En un principio podemos deducir que constituyen una limitación a la libertad de industria y comercio -principio de libertad de empresa-, las denominadas cláusulas de exclusividad; sin embargo se constituyen como garantía del franquiciador al franquiciado a fin de obtener una mayor utilidad en el desarrollo del contrato, y un acicate para el franquiciado a fin de salvaguardar sus derechos y garantizar el ansiado éxito del modelo de negocio. La exclusividad puede

⁴⁵⁰ *Vid.* ANEXO de la tesis.

estipularse bien en favor del franquiciador, bien en favor del franquiciado. Si se pactase en favor del franquiciador, el franquiciado deberá de cumplir unas obligaciones que serán las siguientes:

A) Obligaciones a favor del franquiciado

1.- Obligación de tan sólo desarrollar su tarea propia de explotación del negocio, en favor del sistema de franquicias.

2.- Prohibición de desarrollar otra franquicia para cualquier otro empresario, sea competidor de aquél o no. No obstante, esta prohibición podrá ser de forma distinta: ya que el franquiciado podría estar obligado a no promover o explotar los negocios de los competidores de su franquiciador, en la misma zona y en el mismo ramo de actividades para los cuales ha sido concedida la franquicia de que se trata. En algunos contratos, se pactan incluso las prohibiciones de subfranquiciar.

B) Obligaciones a favor del franquiciador

Por otro lado en el supuesto de que se pacte esta cláusula de exclusividad en favor del franquiciado, es el franquiciador el que estará obligado de:

La prohibición expresa -para el franquiciador- de otorgar franquicias en un determinado territorio, concediendo su explotación de manera exclusiva a un franquiciado. Como contraprestación, a su vez el franquiciado se compromete a no exceder los límites de ese territorio concedido, pues con ello podría invadir el que se le ha concedido a otro franquiciado o el que se ha reservado al mismo franquiciador⁴⁵¹.

⁴⁵¹ El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria estableció que los acuerdos a establecerse entre el franquiciador y el franquiciado, podrán contener cláusulas restrictivas a la competencia, como la concesión en exclusiva de un territorio a los franquiciados, o la obligación para éstos de no vender o utilizar

C) Aportación jurisprudencial

Son muchas las sentencias a este respecto, y es que las promesas de exclusividad entre ambas partes contratantes quedando claras e insertadas en contrato, en ocasiones son incumplidas por parte del franquiciador. La sentencia americana, S U.S. District Court for the Eastern district of Virginia, Alexandria Division, Timo Herbrand v. VAP Istanbul Restaurant Isletmeleri Ltd., No. 1 – 13CV59 TSE/JFA, cuya demanda fue aceptada el 16 de enero del 2013 (y aún no se conoce sentencia), es un claro ejemplo de ello a nuestro entender; en donde la parte actora alegaba incumplimiento por parte del franquiciador de conceder al franquiciado el derecho de exclusividad. Igualmente (en otra reciente sentencia) en el caso Herbrand et al v. Vapiano International LLC³⁴ (Sentencia de 14/1/2013), los franquiciados, empresarios turcos demandaron en los mismos términos ante el Tribunal de Virginia (the U.S. District for the Eastern District of Virginia) a su franquiciador norteamericano que opera en veintiséis países -Vapiano International LLC, “ya que alegaban que su franquiciador había violado el principio de exclusividad,” pues según el contrato de franquicia la parte demandada garantizaba a los franquiciados el derecho exclusivo de abrir diez establecimientos de Vapiano (cocina italiana) en Turquía. Pero cuando los demandantes han abierto tan sólo un restaurante, el franquiciador Vapiano ha celebrado un contrato de franquicia con los terceros, autorizándoles a abrir dos restaurantes competidores sin que sus franquiciados lo sepan. El 7 de junio de 2012 los

en sus prestaciones de servicios productos competidores, siempre y cuando, se cumplan determinadas condiciones para poder disfrutar de una exención de las recogidas en el Reglamento N° 4087 / 88, habida cuenta de que mejoren la distribución favoreciendo la entrada de nuevos competidores en el mercado, o que ofrezcan mayores posibilidades de competencia y de éxito a comerciantes independientes.

franquiciados acudieron al Tribunal de Primera Instancia en Turquía, que en su sentencia ha reconocido a estos terceros culpables por haber infringido las normas de la legislación sobre la competencia desleal de Turquía. Pero lamentablemente los franquiciados no han podido obtener su indemnización. Por estas razones el siguiente paso de los franquiciados ha sido demandar a su franquiciador Vapiano International LLC en Estados Unidos ante el Tribunal de Virginia (El asunto todavía está igualmente por resolver).

5. CLÁUSULAS RELATIVAS A LA PUBLICIDAD Y LA PROMOCIÓN

Con la finalidad de crear y aumentar la clientela del modelo de negocio de la franquicia, se constituyen estas cláusulas de promoción y publicidad. En sus correspondientes contratos, es importante que se determinen conjuntamente el modo, tiempo y lugar en el cual se van a desarrollar. Dichas obligaciones acarrear de forma implícita, una labor continua en orden a introducir y mantener en el mercado un producto o un servicio, desplegando para ello una actividad de convencimiento de la clientela. Mediante el ejercicio de la repetida obligación, se contribuye a formar la imagen y el buen nombre del producto o servicio, objeto de la franquicia. En casi todos los contratos de franquicia se establece un porcentaje sobre la facturación (que suele girar en torno a una media de entre el 2 y el 5%), que van a percibir los franquiciadores como contraprestaciones realizadas por los franquiciados –recuérdese las cláusulas destinadas a los pagos por parte de éstos-, a las labores de publicidad del franquiciador, ya sean local, regional, nacional, e incluso internacional.

Pero para los franquiciados estas cláusulas en ocasiones pueden ser difícilmente digeridas si su finalidad queda en el anonimato, y dichas cuestiones han de ser resueltas a la hora de formalizar el contrato. En este sentido la principal consiste en la ausencia exacta (e incluso en ocasiones, ni siquiera a tanto alzado), de informaciones relativas a los gastos de publicidad en que incurren los franquiciadores para la difusión de la franquicia, y por ende, del beneficio común

de ambas partes. Para ello podríamos exigir un detalle de los planes de medios a realizar por parte de los franquiciadores, así como un detalle de la realidad de los mismos, con detalle de los resultados (incremento del mercado objetivo, incremento de ventas, etc.), en aras de la transparencia y sobre todo en que el destino de dichas cantidades sea realmente destinado a su cometido, y no como ocurre en ocasiones, destinado a otras “finalidades”, o incluso no destinado a ningún fin propagandístico o comercial, como ocurre igualmente en determinados casos, en cuyo caso deberíamos pedir responsabilidades y reclamar todas aquellas cantidades abonadas injustamente, ya que su finalidad no es la concluida. Por lo tanto deberíamos plasmar contractualmente dicha cláusula para que la obligación quedase constituida para ambas partes.

6. CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD

En cualquier contrato de franquicia, sea nacional o internacional, deberá incluir disposiciones que traten los temas de responsabilidad por hechos de la otra parte, indemnización y seguro. La cláusula o cláusulas en cuestión deberían ser redactadas teniendo en cuenta tanto las normas legales que se refieren a responsabilidad, así como las prácticas en materia de seguros que se aplican en el país anfitrión.

En las circunstancias donde sea posible, deberían especificar las cláusulas y las obligaciones, no sólo las generales de las partes, sino también el contenido y extensión de tales obligaciones. En definitiva, lo realmente aconsejable en los contratos de franquicia, es que se redacten de manera enunciativa los eventos eximentes de responsabilidad, teniendo en cuenta el carácter imprevisible e irresistible de los hechos que se puedan producir, y como ya expondremos en capítulos venideros, se deberán distinguir igualmente, las responsabilidades entre las partes y las responsabilidades frente a terceros (consumidores o usuarios).

Así pues, destacamos que en cuanto a la responsabilidad entre las partes intervinientes en los contratos, es posible que las partes incluyan en su contrato las consecuencias de su incumplimiento, estipulando una cláusula penal, que se cursará en favor del contratante cumplidor.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad frente al comprador del producto o el usuario del servicio, la responsabilidad que le corresponde a los franquiciados son las siguientes:

A) Régimen obligacional para los franquiciados

1.- Las reclamaciones de los adquirentes finales de los productos vendidos o los prestados en el establecimiento comercial deben ser soportados y atendidos por el franquiciado.

2.- Los daños o problemas causados por la mala calidad, por los vicios o defectos de fabricación de los productos, por la mala atención personalizada con respecto a la clientela, y por los demás problemas de carácter administrativo que puedan presentarse en cualquier negocio.

3.- Es usual igualmente para los franquiciados asumir la responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surjan de cualesquiera reclamaciones, acciones, peticiones administrativas u otras investigaciones relacionadas con el funcionamiento de su negocio, incluyendo dentro de las mismas cualquier reclamación o acción atribuible a la conducta de cualquier sub-franquiciado del sub-franquiciador, si fuese aplicable también por la vía de la responsabilidad por hechos de otro⁴⁵².

⁴⁵² Esta responsabilidad puede además incluir una obligación de indemnizar al franquiciador, y donde sea necesario a sus ejecutivos, funcionarios u otros licenciatarios, por cualquier pérdida,

4.- En los principales contratos de franquicia es usual encontrar una disposición según la cual el franquiciado queda obligado a contratar un seguro, en primera instancia contra los riesgos de responsabilidad ante una tercera parte pero también contra los riesgos que pueda sufrir la propiedad. El franquiciador está normalmente obligado a imponer una obligación similar a sus franquiciados. Tales cláusulas contractuales pueden a veces establecer tan sólo una obligación general de “suscribir una póliza de seguro adecuada”, dejándole al franquiciador o franquiciado decidir lo que entiende por “adecuada”, pero frecuentemente la cobertura necesitada será especificada contractualmente. Al franquiciador y al franquiciado se les aconsejaría discutir los riesgos de responsabilidad que existen en el país anfitrión en donde se va a implantar el modelo de negocio, no sólo en las leyes sino también en los precedentes judiciales, así como qué cobertura de seguro está disponible o es usualmente suscrita en dicho país⁴⁵³.

perjuicio, costo o gasto (incluyendo costas judiciales y honorarios legales razonables) en que puedan haber incurrido o que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa o investigación, independientemente de si está o no basada en la responsabilidad por hechos de otro. Esto puede incluir perjuicios en que incurre el franquiciador como resultado de una actividad del franquiciado que está prohibida por un deber general de carácter legal o por contrato y que da por resultado la pérdida de un derecho perteneciente al franquiciador (como por ejemplo un derecho de propiedad intelectual), la pérdida de beneficios o la no aplicación de leyes ventajosas, por ejemplo leyes fiscales, cualquier otra ley concreta favorable al franquiciador o, en la Unión Europea, el Reglamento de exención por categorías por la franquicia. Por otro lado, el franquiciado no tiene que mantener al franquiciador libre de responsabilidad si se plantean acciones contra el franquiciado resultantes de accidentes que han ocurrido como consecuencia de un uso legítimo y adecuado de la franquicia, o si se plantean acciones contra el franquiciador como consecuencia del uso por franquiciado de las marcas o del sistema de franquicia, si las marcas o el sistema se utilizaron conforme al contrato. (*Vid. AA.VV, Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional*, ISBN: 88-86449-31-3, Roma, 2005).

⁴⁵³ *Ibidem*; cuando nos recuerda que; “puede haber países en los cuales suscribir un seguro contra los riesgos de responsabilidad ante una tercera parte sea inusual o inaudito, o en los

B) Régimen obligacional para los franquiciadores

Igualmente al franquiciador le corresponderá responder:

1.- Puesto que la normativa que regula la protección de los consumidores permite a éstos, tener la potestad de demandar directamente al franquiciador, en la práctica ocurre, que en la mayoría de los casos, tienden a demandar al franquiciado para obtener el reembolso de las correspondientes indemnizaciones, en este caso, el franquiciador tendrá la obligación de resarcir al consumidor o usuario final. El fundamento de la responsabilidad del franquiciador es claro y contundente ya que radica en el control y vigilancia sobre la actividad del franquiciado que realiza aparentemente de acuerdo con los términos del contrato.

2.- Es natural para el franquiciador asumir exclusiva y absoluta responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación,

cuales la cobertura de seguro sea muy cara o simplemente no esté disponible. En tales países podría también ser inusual acudir a los Tribunales con reclamaciones de responsabilidad ante una tercera parte. Hay siempre, sin embargo, un riesgo de que terceras partes, tales como clientes de los franquiciados, pudieran interponer una acción directamente contra el franquiciador como ya hemos citado, ya sea en el país anfitrión o en el país natal del franquiciador donde los Tribunales podrían estar habituados a que se interpongan este tipo de reclamaciones y donde podrían incluso conceder sustanciales sumas en compensación. Como este riesgo puede incrementarse en el futuro, los franquiciadores y franquiciados tienen interés en encontrar una manera de asegurarse contra él. Una posibilidad podría ser la de incluir al franquiciador y a los franquiciados en la póliza de seguro del franquiciador, otra encontrar cobertura asegurativa en un mercado de seguro extranjero. La última posibilidad puede, sin embargo, ser menos viable en casos donde las leyes de divisas del país anfitrión prohíban o limiten la exportación de dinero para pólizas de seguro extranjeras”.

acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio, con independencia de la razón que la provocó⁴⁵⁴.

7. CLÁUSULAS IMPLÍCITAS

Un cierto número de obligaciones podrían no estar declaradas expresamente, pero podrían sobreentenderse, ya sea del contrato o de la ley. La medida en que las obligaciones puedan sobreentenderse variará de un sistema legal, a otro. En general, los sistemas de “civil law” se inclinan más a aceptar la idea de obligaciones implícitas que los sistemas del “common law”. Esto es también una consecuencia del estilo de redacción adoptado. En los países del “civil law” las disposiciones relevantes no imperativas de los códigos, serán consideradas parte del contrato, a menos que las partes establezcan otra cosa (claramente las imperativas serán siempre aplicables). Es también posible que las obligaciones pudieran sobreentenderse del contrato mismo, a través de una interpretación de sus cláusulas; este, es el caso en particular en que el contrato guarda silencio en puntos específicos y el tribunal debe interpretarlo para llegar a la voluntad de las partes.

Hay también algunos principios generales que se consideran aplicables aunque no estén expresamente mencionados en el contrato. Un ejemplo ilustrativo de esto es el principio de buena fe. En los países del “civil law” el principio de buena fe impregna el sistema legal en su totalidad, se espera que las partes traten entre sí con buena fe, no sólo una vez que el contrato ha sido celebrado, sino también en la etapa precontractual. Tradicionalmente, este no es el caso en los

⁴⁵⁴ Ejemplos de tales reclamaciones o acciones incluirían las reclamaciones por responsabilidad derivadas del producto o las reclamaciones de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Parecería apropiado para el contrato de franquicia principal que se incluyera una cláusula relativa a la asunción por el franquiciador de cualquier responsabilidad de dicha índole.

países del “common law”, aunque hay un lento movimiento hacia un reconocimiento de la necesidad de aplicar el principio de buena fe también en la etapa precontractual, especialmente en Australia⁴⁵⁵. En los Estados Unidos la exigencia de buena fe también está llegando a ser más aceptada de forma general, como puede verse en las leyes de franquicia que han sido adoptadas recientemente y en las propuestas de legislación presentadas al Congreso. No obstante, hemos de dejar claro que los Tribunales han sostenido que el principio de la buena fe, no siempre anula las cláusulas contractuales expresas.

8. CLÁUSULA DE SEGURO

El franquiciador, normalmente requerirá que las pólizas de seguro establezcan que él mismo, debe (dentro de un periodo de tiempo específico), recibir noticia de la cancelación antes que la misma sea realizada por el franquiciado, y por lo tanto pudiese producir sus efectos; y además exigirá –si llegase el caso-, copias de todas las cancelaciones efectuadas por sus franquiciados. Si está permitido, el franquiciador también puede requerir que le sea permitido subrogarse en las pólizas de seguro que estableciesen sus franquiciados, si así lo deseara, en caso de cancelación o impago de las primas del seguro por parte de los mismos.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Como especifica su nuevo régimen normativo que entrará en vigor el 1 de Enero de 2015, (Competencia y del Consumidor (Industria Códigos-Franchising) Reglamento 2014 (F 2014L01472)); que estudiaremos más adelante, en el Capítulo V, “La aportación del derecho comparado a la franquicia”, y más concretamente, en la Sección XXIII.

⁴⁵⁶ El franquiciador puede también requerir que se le faculte para suscribir cobertura asegurativa, al igual que facultad para pagar las primas del seguro en todos los casos en que dichas pólizas no hayan sido suscritas por el franquiciado. Todo ello no exonara al franquiciador para que posteriormente - o cuanto estime oportuno-, pueda solicitar el reembolso por parte del franquiciado, resarciéndose de todos los costos y gastos en que haya incurrido.

En todos los casos en que el franquiciador considere una suficiente cobertura asegurativa como obligatoria para un franquiciado, es aconsejable que prescriba y garantice, que las pólizas de seguro correspondientes son requeridas por los franquiciados, y que estos, mantienen tales pólizas de seguro y pagan sus primas de seguro de manera oportuna. A fin de evitar que las disposiciones sobre una póliza de seguro en los contratos sean letra muerta, el franquiciador debería animar a los franquiciados a que intenten asegurar un conjunto completo de seguros con una cobertura apropiada y primas ventajosas.

9. CLÁUSULA RELATIVA A GARANTÍAS

Las cláusulas de garantías –bien en forma de aval bancario o depósito en efectivo- son muy usuales para que el franquiciador de forma que se asegure el cobro del producto enviado. Es necesario siempre delimitar el importe de la garantía y especialmente, de la renovación de la misma y adaptación a las necesidades económicas. En cuanto al stock existente, lo más importante es que se establezca un criterio objetivo para la adaptación de la garantía que cubran al mismo.

10. CLÁUSULAS RELATIVAS AL CONTROL Y LA VIGILANCIA

Una de las deficiencias o inconvenientes que tenía el franquiciador a la hora de expandirse en modelo de negocio empresarial con la forma jurídica de franquicia, era el control y vigilancia de forma permanente sobre el franquiciado, aunque siempre manteniendo su autonomía jurídica y patrimonial. En virtud de esta cláusula el franquiciado tendrá las siguientes obligaciones:

1.- Obligación de permitir al franquiciador ejercer la vigilancia de la franquicia.

2.- Obligación a permitir la inspección de sus instalaciones por el franquiciador, en cualquier momento.⁴⁵⁷

11. CLÁUSULA RELATIVA AL ABASTECIMIENTO

Es verdad que en la práctica mayoría de los contratos queda prohibido fijar a través de una cláusula contractual a los franquiciados obligaciones de compra exclusiva –pudiendo ser consideradas las mismas como cláusulas abusivas-, pero sin embargo, podríamos afirmar que serían válidas⁴⁵⁸ siempre que el franquiciado sea libre para obtener los productos objeto de la franquicia de otros franquiciados; y en el caso de que la distribución de los productos se llevara a cabo a través de otra red de distribuidores autorizados, el franquiciado deberá de tener libertad de proveerse de estos distribuidores. Sin embargo serán admisibles, aquellas cláusulas por las que los franquiciados se comprometan a adquirir cantidades mínimas, a planificar sus pedidos con antelación y a mantener existencias con un surtido mínimo de productos, siempre y cuando no se rebase lo estrictamente necesario para mantener la identidad común y la reputación de la red.

12. CLÁUSULA RELATIVA A LAS VENTAS

Está prohibida cualquier tipo de cláusula que someta al franquiciado a restricciones relativas a la fijación o imposición de los precios de venta. No obstante, el franquiciador podrá recomendar precios a los franquiciados cuando

⁴⁵⁷ Ello conllevará que el franquiciado suministre al franquiciador todos los datos operativos verificables para poder determinar el funcionamiento de la franquicia y los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva, y permitir al franquiciador y/o a sus representantes, el acceso a sus locales y a su documentación, a petición del franquiciador y en momentos razonables.

⁴⁵⁸ Artículo 4 del Reglamento N° 4087/88. Reglamento (CEE) N° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

esto no sea prohibido por las legislaciones nacionales, y siempre que no dé lugar a prácticas concertadas para la aplicación efectiva de tales precios entre el franquiciador y los franquiciados, o entre estos últimos. Son admisibles todas aquellas cláusulas que tiendan a imponer obligaciones de carácter promocional, siempre y cuando se limiten a lo estrictamente necesario para preservar la identidad común y la reputación de la red. Como ejemplo, son las cláusulas a través de las cuales el franquiciado se compromete a:

- Realizar un volumen de negocios mínimo.
- Ofrecer en venta un surtido representativo de la gama de productos contractuales.
- Prestar a la clientela el oportuno servicio y la garantía.

13. CLÁUSULA RELATIVA A LA NO COMPETENCIA

Entre dichas cláusulas se incluyen, tanto las restricciones relativas a la no competencia contractual, como a las post-contractuales. Está claro que en una red, un empresario que ha desarrollado conocimientos técnicos –o know how- , que los ha puesto a disposición de potenciales empresarios mediante este tipo de contrato, y todo a cambio de una contraprestación económica, conllevará necesariamente la obligación de que el franquiciado no pueda utilizar dichos conocimientos en su propio provecho y en un negocio distinto del objeto del contrato de franquicia establecido. Ello conllevaría que el franquiciador perdiese el control y la exclusividad de su know-how. De ahí que –en consonancia con la normativa⁴⁵⁹-, se pueden imponer al franquiciado dos tipos de obligaciones de no competencia:

⁴⁵⁹ En concreto en el Reglamento de la Unión Europea 2790/99, y en las Directrices relativas a las restricciones verticales, las cuales establecen en su párrafo 36;... *que es una restricción válida la prohibición de ejercer directa e indirectamente una actividad similar al que es objeto*

- Una en relación a los productos competidores
- Y la otra, en relación a actividades comerciales competidoras

En relación a dichas imposiciones, el Reglamento 4087/88 de la CEE establece igualmente que son correctas “aquellas cláusulas que en un contrato de franquicia impongan al franquiciado la obligación de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia, aunque no lo son aquellas que se apliquen a las piezas de repuesto y los accesorios fabricados por competidores del franquiciador”. En este mismo sentido, el franquiciador puede obligar al franquiciado a:

- Vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador.
- Elegir los productos fabricados por el franquiciador o por terceros designados por él, cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia.

En cuanto a la obligación impuesta al franquiciado de no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador, esta cláusula sería correcta y de acuerdo con el Derecho de la Competencia, siempre que resulte necesario para proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del

de franquicia, la imposición al franquiciado de la obligación a no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora en cuantía suficiente como para permitirle influir en el comportamiento económico de dicha empresa.

franquiciador o la identidad común de la red. Obligación ésta, que según el *Libro Verde*, jamás podrá imponerse por más de un año tras la expiración del contrato.

Pero como señalamos puede imponer de la misma manera que se realizada durante la vigencia del contrato, a imponer cláusulas de cumplimiento obligatorio tras la finalización del contrato, pero para que estas sean legales es necesario normativamente⁴⁶⁰, que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1.- Que no tengan una duración superior a un año
- 2.- Que sea necesaria para proteger los conocimientos técnicos del franquiciador.
- 3.- Y que se limite al local y terrenos desde donde el franquiciado haya operado⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Ex Artículo 5.b del Reglamento 2790/99 y párrafo 50 de las Directrices.

⁴⁶¹ En este sentido se pronuncia la Doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia y la SAPde Murcia, sección 1ª, de 8 de Mayo de 1998, en la que se solicitaba por la recurrente la nulidad o en su caso no aplicación del pacto de no concurrencia establecía: “de una lado, porque la mencionada cláusula, como decía la Sentencia de Instancia, había sido reconocida como válida y eficaz por la Resolución de 21 de marzo de 1981 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia con la finalidad de evitar que los competidores de tal sector mercantil se aprovecharan de los correspondientes técnicos o de la clientela derivados de dicha actividad comercial, al tiempo que acepta también como correcta y procedente la correspondiente limitación anual que establece”. Pero es que además y de manera fundamental, dicha validez y efectividad del controvertido “pacto de no concurrencia” se derivaba del propio contenido contractual suscrito por las partes, expresión, como antes decíamos del principio de autonomía de la voluntad de las mismas, si bien limitándolo, como recoge la Sentencia apelada al concreto ámbito territorial (localidad de la Raya) donde el franquiciado ejercía su actividad comercial, lo que además resulta coherente con la propia nota de exclusividad de que disfrutaba el franquiciado, al contener la Clausula Primera, el compromiso del franquiciador de no conceder otra franquicia en otras localidades próximas a la Raya o inmersas en su área de influencia.

Lo que significa dicho contenido, creemos que no es que transcurrido el citado año, el franquiciado pueda utilizar a su antojo el know-how específico y sustancial conferido por el franquiciador, sino más bien, que evidentemente podrá realizar o desarrollar un negocio similar, y en este caso utilizar la transferencia de conocimiento adquirida (know-how) banal o de público conocimiento, pero no la propia y exclusiva en poder del franquiciador.

14. CLÁUSULA RELACIONADA CON LA CONFIDENCIALIDAD

Dichas cláusulas implican:

1.- Confidencialidad a cargo del franquiciado, respecto de los principios y conocimientos transmitidos.

2.- Obligación de no revelar a terceras personas, competidores o distribuidores, ninguna clase de conocimientos. El franquiciado debe guardar estricta reserva acerca de los secretos que le han sido transmitidos. Dicha obligación existe durante la vigencia del contrato y se mantiene, hasta después de su terminación.

3.- Y que el contrato, deberá de reflejar cuál es la información que tiene carácter confidencial, así como debe prever las obligaciones relacionadas con la utilización de dicha información, debiendo especificar las personas que pueden llegar a tener acceso a dicha información⁴⁶².

Pero dicha obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información haya llegado a ser pública. Sin embargo creemos que se debe hacer notar que en

⁴⁶² La información confidencial sería aquella acumulada industrial o comercialmente para desarrollar o mejorar la actividad de la empresa, siempre que pueda suministrar ventajas competitivas y beneficios económicos a su poseedor.

algunas jurisdicciones esta obligación continuará obligando a la parte que la ha asumido, incluso cuando el know-how sin culpa de ninguna de las partes implicadas, haya llegado a ser de conocimiento público durante la duración del contrato.

15. CLÁUSULA RELATIVA AL SUMINISTRO

En este caso la obligación principal correrá a cargo del franquiciador el cual habrá de cumplir necesariamente la obligación de transmitir la propiedad de unos bienes o servicios creados o prestados por éste último. La obligación de “dar” se combina necesariamente con una de “hacer”, ya que el producto que se va a entregar, antes se tiene que hacer⁴⁶³.

16. CLÁUSULA DE DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

Generalmente es aceptado el plazo de larga duración porque así permite al franquiciador, en primer lugar y fundamental, recuperar su inversión, y en segundo lugar como acicate, motivación al mismo a desarrollar el territorio totalmente, e incluso en algunos países –la aprobación de los contratos de larga duración-, motivo de concesión fiscal, pues aumenta el tejido empresarial del mismo país, a la vez que contribuye al fomento del empleo y a la consolidación de empresas⁴⁶⁴.

⁴⁶³ En el caso de las franquicias de servicios a modo de ejemplo, la obligación se reduce a las denominadas de hacer, y versan fundamentalmente sobre el entrenamiento y transmisión del know - how. Luego en el contrato de franquicia, en cuanto que el franquiciador se obliga a suministrar algunos bienes o servicios necesarios para el adecuado funcionamiento del establecimiento franquiciado, incluye una obligación de dar y una obligación de hacer.

⁴⁶⁴ En algunos países el legislador ha establecido una duración mínima del contrato. Por ejemplo, en Italia y China el contrato de franquicia se celebra por un plazo mínimo de 3 años y en Malasia por un mínimo de 5 años. En Rumania el legislador ha estipulado que el contrato de franquicia debe celebrarse como mínimo para un periodo que permita recuperar la inversión al franquiciado.

Es evidente que desde el punto de vista del franquiciado, la duración extensa de los contratos puede ser algo favorable, ya que además de las características y ventajas de los mismos ya citadas, no debemos olvidar otra fundamental, la no revisión y por consiguiente, puesta al día de los contratos, reflejando más coherentemente los desarrollos jurídicos, los cambios fundamentales al sistema de franquicia, y sobre todo, los cambios en la situación financiera. Lamentablemente, no todos los franquiciadores se darán siempre cuenta de las diferencias fundamentales entre la franquicia nacional e internacional y por lo tanto intentarán aplicar su experiencia nacional a la franquicia internacional. Debemos aconsejar contratos de duración extensa, ya que de lo contrario podría existir una posible relajación por parte de nuestro franquiciado, al comprobar que el término del contrato llega a su fin en un periodo de tiempo corto, e igualmente el franquiciado deberá requerir el plazo de tiempo largo, para intentar soslayar todos los inconvenientes ya citados.

Evidentemente el cumplimiento integro de los contratos, al igual que las renovaciones de los mismos, están supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones:

1.- Que el franquiciador no incumpla obligaciones sustanciales que le corresponden por tal condición.

2.- Que el franquiciador no tenga ninguna deuda monetaria al tiempo de la renovación, que pueda conllevar una disminución en las condiciones esenciales del contrato previamente firmado.

3.- Que el franquiciador informe previamente a la expiración del contrato de su intención de renovar el mismo.

4.- Que el franquiciador firme una renuncia general de cualquier reclamación que pueda tener contra el franquiciado.

5.- Que el franquiciado acepte la propia renovación en los términos preestablecidos, o incluso en los nuevos términos que presente el contrato.

Debemos aportar e incitar claramente en estos términos, que la negociación para la renovación de los nuevos contratos ha de redactarse previamente a la finalización del contrato principal, aunque no nos debemos dejar llevar por la práctica que se realice en una u otra región –o en uno u otro país-, ya que lo que puede ser costumbre y fiabilidad de buen éxito en un sitio determinado, puede sin embargo ser perjudicial en otro. Como en todo contrato, la buena fe contractual tiene que ser constante por parte de ambas partes, no ya sólo para no impedir la recuperación de la inversión realizada por parte del franquiciado, sino incluso para hacer posible que las partes cumplan con sus obligaciones. No existe ningún tipo legal que indique la duración de los contratos⁴⁶⁵, y en ausencia del mismo encontramos en el CDF, que la duración de los contratos ha de ser aquella que permita al franquiciado amortizar sus inversiones iniciales específicas de la franquicia

Evidentemente éste ha de ser requisito sino legal si moral para la consecución de un buen contrato de franquicia, con esencia del Principio de buena fe contractual que ha de venir reflejado en todos los contratos. Pero aquí nos surgirá siempre un interrogante, ¿averiguar cuando verdaderamente recuperarán sus inversiones los franquiciados?, y en este punto afirmamos que el Plan General de Contabilidad indica que las inversiones en instalaciones e inmovilizado material duran y se rentabilizan según un número determinado de años, referente éste –

⁴⁶⁵ El plazo recomendable para ello, suele ser el de 4-5 años. Podemos ver que existen contratos para todos los gustos, desde un año (como en el caso de las tiendas Mango) hasta 20 años, como Burguer King, Mac Donalds. Los términos de extinción más habituales son los de 5 años en general, salvo en las franquicias de restauración que, por la inversión que debe realizar el franquiciador, suele ser superior (de 10 a 20 años).

aunque evidentemente no único-, para poder responder a dicho interrogante, aunque no nos servirá como premisa para una argumentación del periodo de duración de una franquicia eminentemente válido ni exacto.

La extinción del contrato de franquicia se opera por el transcurso del tiempo pactado por las partes. En defecto de estipulación expresa, en relación al factor temporal de duración, no se puede afirmar que la duración del mismo sea ilimitada, ya que las convenciones no pueden ser perpetuas puesto que eso iría contra la ley y contra la naturaleza de los actos humanos. Luego en el supuesto de que no se haya fijado un plazo de terminación del contrato, ambas partes tienen la facultad de desistimiento unilateral siempre que no se vulnere la obligación de preaviso si se pactó (seis meses según la jurisprudencia), y siempre que dicho desistimiento unilateral no implique abuso de derecho o traspaso de los límites de la equidad y buena fe.

17. CLÁUSULA DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO

Incluir en un contrato de franquicia unas cláusulas que establezcan las bases de un procedimiento que tenga por objetivo el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, cuando se presenten circunstancias imprevisibles o circunstancias no imputables a las partes (por desgracia, hoy con la crisis que estamos padeciendo en esta década más que nunca, habrían de estipularse); son una medida que garantizarían seguridad y sobre todo, prevería al contrato de franquicia ante situaciones no deseables de garantías que eximieran grandes responsabilidades y esclavitud ante un contrato estandarizado, rígido y leonino para una de las partes –que sería el franquiciado en la mayoría de las ocasiones-. Para que se configure esta situación, es necesario que los acontecimientos que lo causen sean anormales o imprevisibles, y además, hayan alterado transitoriamente el cumplimiento del contrato haciéndolo excesivamente oneroso.

En este punto, es necesario expresar que por ejemplo, que es el franquiciado quien, en general, asume los riesgos durante la etapa de establecimiento del local en cuestiones relativas a su construcción tales como, mayores cantidades de obra, imprevistos de obra, cambios de especificaciones...

18. CLÁUSULA DE RECIPROCIDAD

Estás cláusulas de reciprocidad, donde se exigen que se transmita cualquier experiencia que hayan obtenido en la explotación de la franquicia al franquiciador, son lícitas de realizarlas y buenas para ambas partes (recordemos que en la franquicia ha de existir un beneficio “común” en el cual ambas partes se han de sentir beneficiadas –éxito y perduración de las franquicias-.

La razón por la que las cláusulas de reciprocidad (“grant-back”) son generalmente admitidas, es que la red de franquicia es una estructura integrada que está basada en la cooperación de un número de empresas diferentes, y que el franquiciador y franquiciados deben estar pues igualmente facultados para obtener las ventajas de cualquier mejora realizada en el sistema. La uniformidad de la red disminuiría, y consecuentemente su valor decrecería, si sólo uno de sus miembros pudiera beneficiarse de todas las mejoras realizadas al know-how, y en definitiva, en cualquier ámbito del desarrollo del modelo de negocio.

19. CLÁUSULA DE ENTRENAMIENTO

Una de las obligaciones del franquiciador consiste en prestar asesoramiento continuado al franquiciado; en ocasiones además se podrán acordar el prestar el entrenamiento de empleados del franquiciado en las propias plantas de éstos, el adiestramiento de su mano de obra, el suministro de productos de fabricación

propia y los manuales de operación, e incluso el envío de ingenieros para montar y supervisar la producción.⁴⁶⁶

20. CLÁUSULA RELATIVA A LA SEPARABILIDAD

Los contratos de franquicia pueden contener cláusulas que establezcan que si una cláusula particular, o incluso parte de una cláusula, llega a ser inejecutable, inválida o ilegal, entonces la invalidez, ilegalidad o inejecutabilidad de esa cláusula particular o parte de la misma no afectará a la validez o ejecutabilidad del resto del contrato. La cláusula inválida o ilegal, o parte de la misma, es en otras palabras considerada como separable del resto del contrato. A veces, esta separabilidad se condiciona a que el resto del contrato no parezca distorsionado o injusto a una de las partes⁴⁶⁷.

Existen contratos que ofrecen cierta potestad al franquiciador para rescindir el contrato como por ejemplo, cuando considera que la exclusión de la disposición particular concernida afecta adversamente su derecho a percibir el pago de cuotas u otra remuneración; igualmente si la exclusión afecta adversamente las marcas de fábrica, el nombre comercial, los secretos comerciales, el know-how o los métodos del sistema; o incluso si el franquiciador determina que el descubrimiento de ilegalidad afecta adversamente los fundamentos en que el contrato se basa.

⁴⁶⁶ El Código Deontológico Europeo de la Franquicia, establece que entre las obligaciones del franquiciador, una de ellas será la de proporcionar a sus franquiciados individuales una formación inicial y una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato.

⁴⁶⁷ En este sentido ver, AA.VV, *Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional*, ISBN: 88-86449-31-3, Roma, 2005; nos señala que existen tres posibles enfoques de las cláusulas inválidas o ilegales en caso de separabilidad: la cláusula es considerada como si nunca se hubiera estipulado, o la cláusula es reemplazada por otra válida, legal y ejecutable que alcance los objetivos de las partes, o último enfoque, la cláusula es modificada e interpretada de tal forma que su propósito puede ser alcanzado con toda legalidad.

Los contratos listarán frecuentemente las entidades que pueden declarar las cláusulas como inválidas; por ejemplo los Tribunales nacionales o entidades gubernamentales, el Tribunal Europeo de Justicia o la Comisión Europea; y los tipos de instrumento por los cuales puede hacerse tales como; decisiones de los Tribunales o entidades gubernamentales, un decreto del Parlamento, legislación nacional, legislación y reglamentos de la Comunidad Europea u otras ordenanzas o reglamentos⁴⁶⁸.

21. CLÁUSULA DE CONTRATO INTEGRO

A fin de salvaguardarse contra cualesquiera reclamaciones sorpresivas, los franquiciadores incluirán a menudo una cláusula que afirme que el contrato es el contrato completo entre las partes y que incorpora todas las negociaciones previas y/o todos los acuerdos previos alcanzados. El grado de detalle de tales cláusulas variará desde frases muy breves al efecto de que, por ejemplo, sean inválidos los acuerdos orales accesorios, hasta largas descripciones de lo que se pretende. El grado de detalle dependerá también de la técnica de redacción jurídica adoptada en el país del franquiciador. En otros casos la cláusula de contrato completo puede especificar que además de los contratos principales existen también contratos específicos entre las partes, por ejemplo un contrato de arrendamiento para los establecimientos, o que se adjuntan otros documentos, tales como condiciones generales de comercio o, en el caso de franquicias americanas, la Circular de Oferta de Franquicia.

En ocasiones pueden existir otras disposiciones que de alguna manera estén ligadas a la cláusula del contrato íntegro o completo. Como pueden ser las

⁴⁶⁸ Los contratos que son empleados en algunas jurisdicciones diferentes pueden contener cláusulas al efecto de que si una cláusula es inválida en una jurisdicción, no tendrá fuerza o efecto en esa jurisdicción particular, pero su validez o efecto en otra jurisdicción no deberían verse afectados.

relativas a incluir dentro del contrato todas aquellas promesas, exigencias o garantías que le realizó el franquiciador, fueron y contribuyeron de manera primordial a adquirir el compromiso de realizar dicho contrato.

22. CLÁUSULA DE RENUNCIA

En numerosas ocasiones se redactarán cláusulas en los contratos donde se señalan de manera clara y evidente que los franquiciadores estarán exentos de responsabilidad en determinadas circunstancias. De nuevo, el grado de detalle variará dependiendo del origen del contrato, entrando en mucho más detalle aquellos de países del “*common-law*”. La renuncia de responsabilidad será a menudo en la forma de un reconocimiento por el franquiciador de que el éxito del negocio depende de sus propios esfuerzos y que incluso si el franquiciador y su equipo han proporcionado consejo y ayuda, manuales de operaciones y cursos de formación, el franquiciador, sus directivos y empleados no serán responsables de ninguna pérdida o daño sufridos por franquiciado.

En ocasiones, incluso, ésta suele extenderse a pérdida o daño sufrido como resultado del sistema o del consejo y ayuda que hayan sido prestados⁴⁶⁹.

El contrato puede también especificar que si el franquiciador no ejercita sus derechos en una ocasión, esto no significa que no lo haga en otra ocasión. En el hipotético caso de que la franquicia sea vendida a un nuevo subfranquiciador, es posible que el sub-franquiciador sucesor pueda ser requerido a renunciar a cualesquiera derechos o acciones que pudiera heredar como resultado del

⁴⁶⁹ Aunque aquí podríamos señalar un límite que podría ser en el caso de que la pérdida o el daño fue directamente causado por el incumplimiento del franquiciador de una disposición expresa del contrato, o por fraude por parte del franquiciador, pero incluso entonces podría haber una limitación en la cantidad de compensación que el contrato admite.

incumplimiento del contrato por el franquiciador con el sub-franquiciador precedente.

23. CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR Y EXCESIVA ONEROSIDAD

Otras ocasiones los contratos contendrán cláusulas que prevean bien la renegociación del contrato en casos de cambio de circunstancias (las así llamadas “cláusulas de excesiva onerosidad” (“hardship clauses”) o bien una suspensión del cumplimiento en casos de fuerza mayor. Efectivamente la situación real de fuerza mayor se considera una circunstancia para que una de las partes pudieran utilizarla como clausula excusada de cumplimiento indefinido, circunstancia peligrosa y en la que cabría indagar e investigar en el caso que fuese provocada por alguna de las partes, lo cual evidentemente no exoneraría de su cumplimiento.

Para resolver cuando las circunstancias son de fuerza mayor o por el contrario, de excesiva onerosidad nos guiaremos por indicación de la gravedad y la naturaleza del acontecimiento. La excesiva onerosidad a menudo no hará totalmente imposible el cumplimiento, incluso si se convierte en excesivamente oneroso o difícil (por ejemplo una subida inesperada y exorbitante del coste de las materias primas) y una renegociación del contrato consecuentemente llega a ser necesaria si la relación se ha de mantener. La fuerza mayor, por otro lado, es posible que de lugar a una imposibilidad objetiva de cumplir, aun si se trata de una imposibilidad que está limitada en el tiempo.

Una definición de excesiva onerosidad que fue preparada a nivel internacional y que está adquiriendo un reconocimiento internacional creciente es la contenida en los *Principios de Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales:

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental per el acontecimiento de ciertos eventos, bien

porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse del contrato;*
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja*

De igual manera, la definición de fuerza mayor contenida en los Principios de Unidroit afirma que:

- 1.- El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*
- 2.- Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.*

El fin primordial de este tipo de cláusulas es renegociar el mismo; y serán los propios Tribunales a quienes corresponderán las decisiones de si el acontecimiento que se produce constituye excesiva onerosidad o fuerza mayor⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Ejemplos de los acontecimientos incluidos en las disposiciones de fuerza mayor son el fuego, la tormenta, la inundación, el terremoto, los desastres naturales en general, las explosiones, los accidentes, los actos de enemigos públicos, la guerra, la insurrección, el sabotaje, las epidemias, los embargos, los retrasos en el transporte, los cortes de energía o petróleo, los conflictos laborales, las huelgas, el incumplimiento de los subcontratistas, los actos de cualquier gobierno ya sea nacional, municipal o de otra clase y la acción judicial. Las fórmulas

24. CLÁUSULA RELATIVA A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

En la mayoría de los países los contratos de franquicia no están específicamente regulados y en varias jurisdicciones los Tribunales aplicarán por tanto la legislación escrita para otros tipos de contrato. Examinarán la relación para determinar la forma legal con la cual el contrato guarda mayor semejanza: un contrato de agencia, por ejemplo, o un contrato de licencia, o un contrato de venta a plazos, o incluso un contrato de trabajo, y aplicarán la legislación que sea aplicable a ese tipo de contrato. Así pues, en un intento de evitar que el contrato pueda ser considerado como algo que en realidad no es, el acuerdo puede específicamente afirmar que no debería identificarse con, por ejemplo, un contrato de agencia o una sociedad, una joint venture o incluso un contrato de trabajo, o que no crea una relación fiduciaria entre las partes. En la mayoría de los casos afirmar claramente que las partes integrantes del contrato, son empresarios “absolutamente” independientes. Y para subrayar todo eso, habría que afirmar igualmente que el franquiciador no tiene el control sobre los contratos de trabajo de los empleados del franquiciado⁴⁷¹

generales pueden ser para el caso de que la fuerza mayor sea causada por alguna contingencia ajena al control de la parte incumplidora, o ajena a la razonable capacidad de control de la parte. Con frecuencia las dos opciones se combinarán, incluyendo la disposición una declaración general seguida por una lista de ejemplos.

⁴⁷¹ El dicho de “*quién manda y gana dinero, es el responsable del pago*”, dentro del derecho laboral en su concepción genérica no perdona jamás, el que obtiene el beneficio es el “empresario” y en consecuencia, es el responsable del trabajador y de las obligaciones para con él. Pero existen casos en los que el franquiciador sin ser el responsable directo en el pago sí que deberá responder del pago de las obligaciones del empresario para con el trabajador, que son: *cuando la prestación laboral del trabajador se esté produciendo en un entorno de grupo empresarial*. En dicho caso entendernos, aquellos casos en los que el trabajador de una red de franquicia está trabajando indistintamente para un centro propio o para el franquiciado, le pague quien le pague y tenga contrato con quien lo tenga. En este caso el correspondiente magistrado de lo social que le correspondiera, considerará, o más bien, corremos el riesgo que

Una afirmación al efecto de que el contrato no es de agencia o de trabajo, no conducirá necesariamente al resultado deseado, pues en algunas jurisdicciones los jueces no siempre aceptarán tal afirmación sin examinarlas, sino que mirarán los contenidos del contrato para determinar si es correcto o no. Si no lo es, las partes pueden encontrarse con que la legislación que se aplique será aquella que se aplica al tipo de contrato que el juez considera más próximo a la verdadera naturaleza del contrato concernido.

considere, que el trabajador desarrolla su labor por cuenta de él, y –llegado el caso-, especificará que la labor dentro del entorno organizativo de la red franquiciada, produzca consecuencias responsables por parte del franquiciador; *cuando existe confusión de patrimonios entre la central franquiciadora y la franquicia*, esto es, cuando el franquiciador tenga franquicias a medias con sus franquiciados (bien sea mediante vinculación accionarial o de régimen de administración, de hecho o de derecho), en tales casos, corre el riesgo que el juez considere por muy central que sea, que se beneficia de la explotación de la franquicia directamente a través de su vinculación (fuera del contrato de franquicia), y en consecuencia se aplica la regla de responsabilidad al franquiciador; *cuando amparándose en la distinta personalidad jurídica formal de una y otra empresa, exista una actuación abusiva de una de ellas respecto de la otra en perjuicio de los derechos de los trabajadores*. El trabajador no se pueda ver perjudicado, porque a través de una empresa pantalla (la franquiciada) se le estén recortando derechos o prestaciones a las que la central estaría obligada si fuese la empleadora directa. Por ejemplo, supongamos que una empresa distribuidora de producto que requiere instalación, convierta toda su red de instaladores, en franquiciados, (es decir, con su propia personalidad jurídica, con contrato, con cesión de marca y know-how,etc.), pero que en realidad lo que está haciendo a través de la figura de la franquicia es pagar bajos precios por las instalaciones, precios que en ningún caso serían suficientes si toda la red instaladora estuviese como contratada laboral, que es como procedería en atención que los instaladores actúan bajo el mando y dirección de la central, perciben los emolumentos de ella y ciertamente no perciben la mayor parte del beneficio del producto.

25. CLÁUSULA DE DERECHO CUMULATIVO

En los contratos de franquicia principal puede encontrarse una cláusula afirmando que los derechos y deberes del franquiciador son cumulativos y que la ejecución de cualquiera de estos derechos o deberes no excluirá la ejecución de cualquier otro derecho o deber. También puede encontrarse una disposición similar respecto a los derechos y deberes del sub-franquiciador .

26. CLÁUSULA DE DISPOSICIÓN DE NOTIFICACIONES

Las disposiciones de importancia en un contrato de franquicia principal incluyen también las disposiciones sobre notificación. Éstas deberían especificar lo que constituye una notificación válida y lo que constituye una aceptación válida (por ejemplo, una exigencia de que cualquier comunicación de este tipo sea por escrito), la forma en que la notificación debería entregarse y las fechas límite aplicable a la misma.

27. CLÁUSULA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Como todos los contratos de tracto sucesivo la voluntad de ambos contratantes puede poner fin al contrato de franquicia. No obstante, señalamos algunas de las causas especiales de resolución de los contratos de franquicia que debieran de recogerse en el contenido de los mismos serían:

1.- La expiración del término de duración. En el contrato de franquicia el término de duración debe de ser lo suficientemente amplio como para que ambas partes puedan cumplir con sus obligaciones, salvo que se dé la existencia de una

cláusula de prórroga o renovación. Una vez concluido el período de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato⁴⁷².

2.- Existen otras ocasiones donde la decisión es unilateral, se suelen utilizar para concluir los contratos cuando su terminación no está condicionada al cumplimiento de un plazo o una condición, o para aquellos en que existiendo plazo o condición, se ha querido dejar abierta la posibilidad de terminarlo antes del cumplimiento de uno u otra. En este supuesto, la parte que resuelve deberá de notificarlo a la otra con una antelación suficiente, para que así la otra, pueda concluir sus negocios pendientes. Es recomendable que en el contrato se estipule la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato sin necesidad de pronunciamiento judicial, para el caso de que se dé la insolvencia de una de las dos partes firmantes. La parte afectada por dicha resolución, lo que sí podrá es solicitar de la autoridad judicial que decida sobre la licitud o incorrección de la mencionada resolución.

3.- Por incumplir las obligaciones que se han estipulado contractualmente⁴⁷³.

Lo recomendable, para evitar suspicacias o problemas Teniendo en cuenta la inversión realizada por el franquiciado es que en caso de incumplimiento

⁴⁷² El franquiciador viola la obligación de buena fe que incumbe a todo contratante al momento de la celebración del contrato, si se establece un término de duración muy corto en donde el franquiciado no pueda recuperar su inversión. Podría ser fácil, por parte del franquiciador, caer en la tentación de resolver el contrato a su término y establecer cerca una nueva franquicia con otro franquiciado o una franquicia propia, a la vista del éxito obtenido por el antiguo franquiciado.

⁴⁷³ Así la parte perjudicada podrá solicitar; la resolución del contrato con la consiguiente indemnización de los perjuicios, o bien compeler al cumplimiento del contrato e igualmente exigir la indemnización de los perjuicios que se hayan podido causar.

contractual para darle la oportunidad de subsanar el incumplimiento realizado. Ese plazo de preaviso previo a la resolución se suele establecer en 30 días.

28. CLÁUSULA RELATIVA A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En este caso en el cual en vez de prevenir los conflictos, estos aparecen irremediablemente, es posible y recomendable, estipular cláusulas de arbitraje y/o de conciliación para el caso que sea necesario, evitando de pleno el tener que acudir a los Tribunales de Justicia⁴⁷⁴.

Igualmente se deberían de constatar en dicho contrato, las denominadas cláusulas de arbitraje, cláusulas en cuya virtud las partes implicadas decidirán, antes o después del nacimiento del conflicto, someter las divergencias que pudieran surgir entre ambas recurriendo a este sistema tan eficaz (como más adelante pondremos de relieve en la Cuarta parte de la presente Tesis), constituyéndose así como una previsión que realizan franquiciador y franquiciado en la cual ambas partes, en caso de existir cualquier litigio, se comprometerán a someterlo a uno a más árbitros, para que resuelvan el mismo.

Incluso existe además la posibilidad (y así lo recomendamos) de incluir una cláusula que podríamos denominar “mediación más arbitraje”, híbrido consistente en intentar solventar y resolver los contratos de franquicia en los que surjan cuestiones conflictivas o difusas, mediante el sistema de mediación, e inmediatamente para todas aquellas cuestiones que previamente no hayan obtenido un resultado positivo o un acuerdo satisfactorio para las partes durante este proceso, aplicarles el sistema de arbitraje

⁴⁷⁴ En este sentido, la Federación Europea de Franquicias creó un Comité de Arbitraje que se encuentra a disposición de las partes que deseen someter a su conocimiento sus eventuales litigios.

29. CLÁUSULA RELATIVA A LA JURISDICCIÓN APLICABLE

También las cláusulas que deberán de ser objeto de negociación a la hora de firmar un contrato de franquicia, será la de sumisión a la Jurisdicción de los Tribunales sitos en un determinado lugar. El cometido de dichas cláusulas supondrá que los Tribunales designados serán los únicos competentes para conocer de las pugnas de intereses que entre sendas partes firmantes surjan en el seno de la relación comercial existente. Y ello llevará consigo, la renuncia expresa a la jurisdicción que a cualquiera de las partes le corresponda siempre que no coincida con la estipulada en el contrato mediante dichas cláusulas.

30. CLÁUSULA PENAL

En algunos sistemas legales las cláusulas penales no están permitidas (por ejemplo en los países del “*common law*” que en cambio admiten lo que se conoce como liquidación por daños), mientras que en otros países lo están, aunque pueden estar sujetas a control judicial (este es el caso, por ejemplo, de Alemania). A menudo el importe de la compensación dependerá del tipo de daños admitidos. Como los conceptos varían de un país a otro⁵, los contratos de franquicia principal pueden optar por especificar exactamente de qué daño se puede obtener compensación (por ejemplo, sólo por el daño real sufrido). La importancia del Preámbulo en los contratos de franquicia internacionales puede encontrarse en la necesidad de clarificar conceptos, derechos y deberes en vista de las posibles disparidades en la experiencia y entendimiento de las dos partes del contrato. Así, por ejemplo, una definición del sistema de franquicia y sus elementos constitutivos y de la obligación principal del sub-franquiciador podría ser incluida en el Preámbulo. Además, en caso de litigio el Preámbulo puede servir como una guía para la interpretación del contrato si debe ser ejecutado en un país en el cual la franquicia no es una forma bien conocida de negocio, o si los Tribunales y/o los árbitros no están familiarizados con la franquicia. En algunas jurisdicciones la ley, podría exigir al tribunal referirse al propósito del contrato que está interpretando y

el Preámbulo podría servir para declararlo. Precisamente en algunos países del “*civil law*”, el Preámbulo podría además referirse a las secciones relevantes de la legislación, código o ley civil o comercial, que es aplicable.

SECCIÓN XIX.- ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS

1. ACERCA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Además de tener un deseo natural de ver el sistema de franquicia desarrollarse conforme al plan de desarrollo, el franquiciador verificará los controles de calidad y estándares de ejecución de los franquiciados. Como los franquiciados comercian utilizando el know-how y los sistemas del franquiciador, los activos del franquiciador están en peligro si ocurre algo que pueda afectar adversamente a sus intereses y derechos de propiedad. Así pues, el contrato debería por tanto prever el control y mantenimiento de estándares de calidad en la prestación como hemos analizado, pero también debería prever acciones por si el franquiciador no verificará que estos estándares se mantengan. E igualmente recomendaríamos que las disposiciones sobre incumplimiento del contrato, se redactasen concienzudamente y con mucha precisión, ya que tienen una repercusión sobre asuntos cruciales, no ya sólo para el franquiciador, sino también para el franquiciado.

Respecto a un posible incumplimiento de la relación contractual pactada, cabe señalar como la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 1990 EDJ 1990/3761, sienta doctrina –ya reiterada por esta Sala, *cf.* Sentencia de 4 de mayo 1972 EDJ 1972/248-, al resolver no procediendo a la aplicación del art.1124 Cc, por no entrar en juego su reglamentación, “ cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución”, y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición

resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la “facultad” de resolver que otorga el dicho art, 1124 (*Cfr.* por lo establecido en las Sentencia de 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre 1956, 23 de noviembre 1964, 8 de mayo 1965, 24 de febrero 1966, y 30 de marzo de 1976); y por último, se recoge, la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración de resolución se impugna por resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial (*Cfr.* en este sentido las Sentencias, de 12 de marzo de 1990, Sentencia de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949, 23 de diciembre de 1953, 20 de septiembre de 1955, 2 de noviembre de 1965, 21 de mayo 1976), pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro (*Vid.* Sentencia de 17 de enero de 1986 EDJ 1976/658) y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge proclamación simple de a resolución ya operada (Sentencia de 14 de Junio de 1988 EDJ 1988/5128)”. Aunque todo ello no impide que tenga que averiguarse quien ha sido en la relación contractual el primero que incumple el acuerdo⁴⁷⁵. Exclusivamente el engaño en cuanto a

⁴⁷⁵ Y en este sentido la STS Sala 1ª de 16 de mayo de 1969 EDJ 1939/340, manifiesta que “el pacto de *lex commissoria* implícito en las obligaciones bilaterales o recíprocas, está consagrado en el art. 1124 Cc., el que no es aplicable cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato, tienen un puro carácter accesorio o complementarlo (Sentencia de 5 de enero de 1935 y 5 de mayo 1953), y la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que no tiene derecho a pedir la resolución al contratante que incumpla sus obligaciones, pero la determinación de quién fue el incumplidor es una cuestión de hecho, de la exclusiva competencia del Tribunal a cuya decisión ha de respetarse en casación mientras no se impugne conforme al número séptimo del art. 1692 del Cc., según declaran, entre otras muchas las Sentencias de 12 de diciembre de 1914, 12 de marzo de 1947, 6 de diciembre de 1957 y 19 de mayo de 1961”.

alguna de las prestaciones principales del contrato de franquicia⁴⁷⁶, podría dar lugar a la consiguiente nulidad contractual propiciada por los vicios del consentimiento. Aunque por el contrario, no puede entenderse que posea la relevancia suficiente para provocar la nulidad del contrato, el incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales como es la información sobre previsión de inversiones y gastos en un negocio tipo, y las previsiones sobre cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, atendido que en cualquier caso no puede entenderse que hubo en este supuesto un compromiso contractual asumido por el franquiciador de alcanzar una cifra de beneficios determinada, obligación que no aparece como tal descrita en el contrato, siendo así que lo que vincula a las partes, y lo que debe ser tenido en cuenta para declarar en su caso la nulidad del contrato, son los pactos cláusulas o condiciones contenidas en el contrato, y no en las negociaciones preliminares, de conformidad con las normas de los art. 1254, 1255 y 1258 de nuestro Cc, estando pactada expresamente en el contrato, en su pacto, la independencia comercial y jurídica de las partes, lo que implicará y se traducirá en que el franquiciado, como empresario independiente, asumirá el pleno riesgo y ventura de la explotación de su negocio, sin perjuicio de la competencia sancionadora que los arts. 63 y ss. de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista reserva a las Administraciones Públicas, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa franquiciadora, y en concreto por la ausencia de información veraz y no engañosa sobre estos extremos.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Como por ejemplo podría ser: el que el franquiciador no fuera el titular de la marca que cede el uso de la misma al franquiciado, o que siendo el propietario, sin embargo carece de know-how propio u original.

⁴⁷⁷ *Idem.*; VIDA CARRIÓN, C., "Las franquicias...op.cit.", 2006.

Sabiendo y constatando que los contratos de franquicia son acuerdos onerosos y sinalagmáticos, el incumplimiento susceptible de ser sancionado con la resolución deber ser “esencial y frustrante” de las expectativas negociales de la otra parte por causa imputable a la contraria, y ello como consecuencia de la doctrina general sentada para este tipo de relaciones jurídicas.⁴⁷⁸

2. ACCIONES DISTINTAS A LA RESCISIÓN

En los contratos de franquicia son varias las acciones posibles que se prevén, siendo la más drástica de las mismas la rescisión. Suelen encontrarse en dichos acuerdos disposiciones que permiten la rescisión, como estamos viendo, por el franquiciador por incumplimiento del franquiciado. Hay también casos en los cuales el contrato prevé la rescisión formal por el franquiciado por el incumplimiento del franquiciador, pero éstos son la minoría.

No debería olvidarse sin embargo que en caso de incumplimiento por parte del franquiciador un franquiciado siempre tendrá acceso a las acciones que están normalmente disponibles por incumplimiento de contrato. A veces se sugiere que la reciprocidad exigida al franquiciado tenga los mismos derechos rescisorios que el franquiciador. La naturaleza del acuerdo y de los derechos a ser protegidos son sin embargo tales como para hacer esa posibilidad impracticable.

3. ACCIONES DISPONIBLES PARA EL FRANQUICIADOR

La rescisión no es un paso que guste dar a los franquiciadores. Para ambas partes es mucho mejor y menos traumático tratar de conseguir nuevamente un cumplimiento contractual satisfactorio o un arreglo negociado. Las funciones generales de supervisión del franquiciador no implicarán normalmente una participación diaria en las actividades de la red en el país anfitrión. Mientras el

⁴⁷⁸ En este sentido, se pronuncia la STS de 1 de febrero de 2001 (EDJ 2001/2010).

franquiciador puede visitar el país anfitrión, sólo con dificultad podrá mantenerse al día del funcionamiento de la red o de cualquier insatisfacción de los franquiciados respecto a la actuación del franquiciador. Para el momento en que un franquiciador descubra la naturaleza y alcance del incumplimiento del franquiciado un gran perjuicio puede haberse producido. Los franquiciados pueden, por ejemplo, estar muy descontentos con la pobre actuación del franquiciador y desilusionados con el sistema en consecuencia. En tal situación sería muy difícil para el franquiciador recuperar la confianza de los franquiciados.

El franquiciador, y de hecho el franquiciado, saldrán mejor parados si las cuestiones pueden ser negociadas y el sistema y los estándares restablecidos. La posibilidad general de que el contrato pueda ser rescindido, y una consideración del gran gasto para ambas partes si esto ocurriera, debería estimularlas a buscar una salida de consenso. Para evitar la rescisión debe encontrarse un medio para aliviar los problemas que están causando las dificultades. Las alternativas que las partes deberían considerar a este respecto incluyen:

- El suministro por el franquiciador de un mayor nivel de apoyo en el territorio para ayudar a elevar los estándares hasta el nivel requerido por el franquiciador;
- La formación y readaptación del personal clave del franquiciador, hasta asegurar que entienden lo que se requiere y la forma en que están fallando; y
- La posibilidad de apoyo publicitario y de mercadotecnia para estimular el crecimiento de las ventas por la red.

En realidad un franquiciado que tiene dificultades financieras puede ser alentado o ayudado: a considerar la venta del negocio a una tercera parte bien financiada; a encontrar un socio financiero; o a obtener apoyo de un fondo de inversión de capital. Cuando el franquiciado tiene dificultad para el cumplimiento de sus compromisos financieros con el franquiciador, una posible solución es que

el franquiciador reestructure la deuda. El franquiciador puede sin embargo no estar preparado para la reestructuración de las deudas en absoluto, o puede estar preparado para hacerlo sólo si existe la posibilidad de que el capital adecuado estará disponible, asegurando así que los pagos futuros se harán integralmente y a tiempo. Las acciones que no dan lugar a rescisión, pero que implican procedimientos judiciales, es improbable que concluyan en una mejora de las relaciones de trabajo, a menos que puedan ayudar a las partes a alcanzar un arreglo mutuamente satisfactorio⁴⁷⁹. Debemos hacer constar y así sería recomendable, que si el incumplimiento del franquiciado se produce simplemente por el impago de una deuda, el franquiciador no debería ejercitar su derecho de rescindir el acuerdo, ya que podría demandar para recuperar lo debido y/o los perjuicios, y así continuar con la relación contractual (aún con el perjuicio que ello conllevaría).

Sin embargo existen ocasiones donde el franquiciador necesita las cláusulas específicas de rescisión de los contratos que le faculten para actuar rápidamente para ejercer las acciones necesarias para preservar su nombre comercial, marcas de fábrica, marcas de servicio y el prestigio asociado con ellos y con sus otros derechos de propiedad intelectual, así como para proteger su información confidencial y know-how, esto es en definitiva, para salvaguardar su modelo de empresa. Ello coadyuvará también el considerar, que necesita poder

⁴⁷⁹ Este tipo de acciones tales como pueden ser interdictos o cumplimiento específicos, no parecen ser las más apropiadas ya que un franquiciador no querría tener un franquiciado renuente dirigiendo simplemente porque el tribunal lo ha ordenado. Hay jurisdicciones en las cuales la solución interdictal no está disponible y hay dudas en cuanto a si en muchos países los Tribunales podrían ordenar el cumplimiento específico de contratos de franquicia.

decidir rápidamente qué hacer con la red de franquiciados y actuar sobre su decisión sin un retraso podría causar un considerable perjuicio.

Es claro y evidente que si por el contrario, es el franquiciado el que considera que el franquiciador está dejando de proporcionar los servicios o productos que tiene obligación de suministrar, y considera que este incumplimiento tiene consecuencias adversas para él mismo y el resto de los franquiciados, entonces la acción de daños por incumplimiento del contrato está disponible en su poder. El franquiciado tendrá en cualquier caso que decidir si desea continuar con la relación a pesar del incumplimiento por parte del franquiciador, a pesar de lo dicho, pero para llegar a una decisión que sea fructífera para su negocio, necesitará evaluar si la razón para el incumplimiento es temporal y podría ser remediada en el futuro⁴⁸⁰.

Así pues, si el franquiciador está facultado para rescindir el contrato de franquicia cuando el franquiciado incurre en incumplimiento “material” de sus obligaciones, es declarado en quiebra o puesto en liquidación, entonces surge el problema de las consecuencias de tal rescisión para el franquiciador y la red. La cuestión es si en esas circunstancias el franquiciador debería estar en la misma posición que lo estaría si el contrato se rescindiera por infracción del franquiciado.

En estas circunstancias un franquiciado puede reclamar que debería estar facultado a continuar como antes, usando por completo los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, e incluyendo el nombre y know-how, mientras continúe pagando las cuotas debidas por tal uso. Un franquiciador tendría que

⁴⁸⁰ De hecho a menudo en la práctica de los contratos existen cláusulas o disposiciones que tratan del incumplimiento o incapacidad del franquiciador para suministrar bienes, y que por ende, facultan al franquiciado para obtener bienes de similar calidad en cualquier otro distribuidor.

considerar si podría acordar que el franquiciado tuviera ese derecho, teniendo presente que el efecto sería eliminar un activo, que en el caso de una causa relacionada con la insolvencia, dejaría de estar disponible para acreedores o para sus accionistas. Puede que sea necesario tomar en consideración el efecto de los procedimientos de quiebra en la jurisdicción del franquiciador, particularmente de aquellos procedimientos que permiten un comercio continuado bajo supervisión judicial con una moratoria en las reclamaciones de los acreedores y que impiden la rescisión de conformidad con el contrato. Otro efecto de tal disposición podría ser la eliminación del incentivo para que el franquiciador resuelva sus dificultades y restablezca el cumplimiento apropiado, o disponga de su negocio para una tercera parte que proporcionará el servicio continuo.

En definitiva y a efectos prácticos para el negocio, recalcando lo injusto que pueda parecer, muy pocos franquiciadores considerarán las consecuencias de una rescisión por el franquiciado por incumplimiento por parte de aquellos como algo diferente de lo que serían si el franquiciador fuera la parte incumplidora. La realidad es que en la práctica el franquiciador afrontará el riesgo de perder su negocio cuando el franquiciado falle, independientemente de si el fallo surge voluntaria o involuntariamente, y esto es uno de los mayores inconvenientes que tiene este tipo de modelo de negocio empresarial. Y esto, evidentemente supone una responsabilidad mayor para el franquiciador de asegurar que el franquiciado es viable y financieramente seguro.

4. ACCIONES DISPONIBLES PARA EL FRANQUICIADO

Por lo que respecta al franquiciado, son varias las acciones que puede realizar distintas a la rescisión del contrato, por ejemplo en los casos en que el franquiciador incumple el contrato o en los casos en que llegará a ser declarado en concurso.

Generalmente las cláusulas de rescisión en los acuerdos de franquicia se reducen a seis categorías:

1.- Aquellas que tratan cuestiones tales como insolvencia, liquidación y quiebra: éstas serán las mismas que las comúnmente encontradas en todos los contratos comerciales;

2.- Aquellas que tratan sobre el fracaso del franquiciador en el mantenimiento de la programación de desarrollo acordada;

3.- Aquellas que se relacionan con el mal uso o la infracción de marcas y otros derechos de la propiedad intelectual poseídos por el franquiciador que el sub-franquiciador y sub-franquiciado están autorizados para utilizar;

4.- Aquellas que tratan acerca de cuestiones de funcionamiento y contractuales tales como el cumplimiento por los franquiciados de sus obligaciones según los contratos de franquicia de la unidad;

5.- Aquellas que tratan de las obligaciones de información y pago; y

6.- Aquellas que se refieren a un fallo en el cumplimiento de cualquier otra disposición del contrato⁴⁸¹.

En los acuerdos se encuentran todo tipo de disposiciones, algunos incluso, permiten al franquiciador la rescisión total del contrato por incumplimiento material

⁴⁸¹ Lo que sí se puede dar constantemente, y por consiguiente, se convierte en permanentes infracciones, son los supuestos como; incumplimiento de la realización de pagos a su debido tiempo, incumplimiento en la presentación de informes, incumplimiento en la observación de los procedimientos para la transferencia del negocio (lo cual podría incluir incluso la realización de una transferencia no autorizada), incumplimiento en la observancia de restricciones a la implicación en negocios competitivos, incumplimiento del respeto a la información confidencial y de asegurar que los franquiciados también lo hacen, e incumplimiento en la verificación de un uso adecuado de las marcas, nombre comercial y sistema de franquicia por franquiciados.

o substancial. Esta última expresión es difícil de interpretar, ya que lo que un franquiciador puede entender por tal, puede ser interpretada por el franquiciado de manera distinta, por lo que ambas partes han de partir de acordar y aclarar términos, para evitar la intromisión de tribunales.

Por otro lado, el que un franquiciador no asegure que los franquiciados cumplan con los términos de sus contratos es una cuestión seria, pero el franquiciador puede tener que aceptar que la prestación idónea puede requerir un tiempo razonable y un manejo cuidadoso para ser alcanzada. El problema no está necesariamente mejor resuelto exigiendo al franquiciador que emprenda acciones legales. La solución de problemas de funcionamiento que han llevado a una reducción de estándares puede a menudo ser tratada mediante discusión directa, persuasión, readaptación y apoyo, antes que recurrir a la ley, dicho de otra forma, es importante y crucial para la vida sana de los contratos, la negociación. Ambas partes deben conocer que hay una amplia gama de métodos disponibles para hacer frente a estos problemas y el contrato debería reconocer la necesidad de ser flexible. En última instancia, por supuesto, el franquiciador debe poder hacer lo posible para proteger sus intereses y la integridad de su nombre y otros derechos de propiedad intelectual.⁴⁸²

Antes de recurrir a la rescisión, normalmente se le dará al franquiciado un cierto periodo de tiempo para subsanar el incumplimiento. El periodo de tiempo permitido para la subsanación ha de ser adecuado para la naturaleza de la infracción. En el caso de sumas de dinero que no han sido pagadas, el

⁴⁸² Y en este sentido tanto el franquiciador como el franquiciado deberán averiguar si la ley aplicable al contrato (que en este caso puede ser la ley del país anfitrión como asunto de carácter público) prevé procedimientos especiales, restricciones de penalizaciones directas o indirectas en alguna forma u otras que puedan inhibir el ejercicio de un derecho contractual a rescindir el contrato.

incumplimiento probablemente será tratado con más seriedad por el franquiciador, dándose un periodo de tiempo más corto para subsanar el incumplimiento. Los fallos en el control de calidad pueden necesitar un periodo más largo para ser corregidos, ya que la acción que ha de adoptarse para hacerlo implicará invariablemente derechos de imposición contra los franquiciados. Para un número de incumplimientos, sin embargo, un corto periodo será suficiente.⁴⁸³ Con toda probabilidad el derecho de desarrollo conllevará un derecho de exclusividad territorial y el programa de desarrollo estipulará cuantas sub-franquicias han de establecerse en ese territorio exclusivo y en qué periodo de tiempo. Del contrato se esperará por lo tanto, que trate las cuestiones que surgirán si los requisitos del programa de desarrollo no se cumplen.

El franquiciador deseará tener disponibles acciones rápidas y efectivas, mientras que el franquiciado probablemente deseará ver flexibilidad en los acuerdos. Estas perspectivas opuestas suelen ser difíciles de reconciliar. Si un contrato va a ser alcanzado, ambas partes habrán de considerar las diversas sanciones que pueden ser impuestas por un fallo en la consecución de los requisitos del programa de desarrollo.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Tal como por ejemplo, en el caso de inobservancia de las exigencias de higiene en los negocios de comida rápida.

⁴⁸⁴ En los acuerdos de franquicia se puede prever: la pérdida por el franquiciado de los derechos territoriales exclusivos que le han sido concedidos por el franquiciador; el mantenimiento de la exclusividad sólo para parte del territorio; la reducción del territorio contractual; el pago de una sanción (si es legalmente posible en el territorio); el pago de daños y perjuicios; incrementos de pagos por regalías o la pérdida del beneficio de una escala móvil reductora para las cuotas de franquicia (aunque tal escala no es común); una reducción en el número de franquiciados que puede ser nombrados o una pérdida del derecho a nombrar más franquiciados; la pérdida del derecho del sub-franquiciador a renovar o extender el derecho de desarrollo; y la pérdida del derecho de desarrollo del sub-franquiciador, quien, sin embargo, tiene un derecho de conservar

En algunos casos donde hay un fallo al ejecutar el programa de desarrollo, las partes pueden acordar una fórmula que permitirá al franquiciado pagar las que se llaman “regalías fantasmas”⁴⁸⁵, las cuales pueden ser consideradas como una forma de liquidación por daños, en orden a preservar los derechos de desarrollo. También es posible que las partes puedan renegociar el programa de desarrollo si se pone de manifiesto que no era realista.

La eliminación de los derechos territoriales exclusivos del franquiciador -cuando no ha cumplido sus obligaciones según el programa de desarrollo-, puede no dar el resultado que buscan el franquiciador y el franquiciado, ya que incluso si el franquiciador continúa abriendo más unidades de franquicia, podría desmotivarse y esta pérdida de moral pudiera reflejarse justamente en una falta de cumplimiento de sus obligaciones con los franquiciados. Pero los franquiciadores pueden no sólo tener este problema con los franquiciados, puede también tener dificultad para persuadir a algún otro a que acepte el desafío de desarrollar el potencial restante del área de desarrollo. La presencia continuada del primer franquiciador al mando de una red, posiblemente con franquiciados de bajo cumplimiento pero aún intentando vender franquicias en competencia con su sucesor, hace difícil para un sucesor establecer una red que no sea viciada por los defectos del predecesor. Éste es un factor que es probable que disuada a muchos

el número de subfranquiciados entonces existente, aunque esto también podría causar problemas prácticos.

⁴⁸⁵ El significado de “regalías fantasmas”, son una suma de dinero calculada de acuerdo con una fórmula predeterminada y diseñada para compensar al franquiciador por la pérdida de ingresos que ha sufrido como resultado del incumplimiento del franquiciado en la consecución del programa de desarrollo. Este derecho a pagar regalías fantasmas estará normalmente limitado a un periodo de dos o tres años. Si el franquiciado no se pone al día del programa durante ese periodo, el derecho de hacer pagos por regalías fantasmas cesará y las acciones contractuales por incumplimiento en la consecución del programa volverán a estar disponibles para el franquiciador.

posibles franquiciadores. Debería señalarse que la rescisión del derecho de desarrollo puede no dar lugar necesariamente a la rescisión de otras disposiciones del contrato que no estén relacionadas con ese derecho o su ejercicio. Así, por ejemplo, el franquiciador tendría todavía el derecho de recaudar cuotas por los servicios de los franquiciados existentes.

5. INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

En el Derecho español no existe norma alguna que regule expresamente los contratos de franquicia en exclusiva, ni las normas del Derecho Común ni el Código de Comercio contiene ninguna disposición específica que regule este tipo de contratos, por lo que se rigen bajo el principio de libre contratación previsto en el artículo 1255 del Código Civil:

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

A) Aplicación analógica del Art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia por parte de la jurisprudencia.

La jurisprudencia por otra parte⁴⁸⁶, suele aplicar el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia por la que se desarrollaba la Directiva de la UE 86/653/CEE de 18 de diciembre sobre coordinación de legislación de los agentes comerciales⁴⁸⁷, y en el que establecía que la indemnización no podrá exceder, en

⁴⁸⁶ Basándose en dicho principio de autonomía de la voluntad, establece que la regulación de los contratos de franquicia, deben ser los previstos en él, y sólo en defecto de estipulación contractual expresa, cabe acudir a otras normas. (*Cfr.* en este sentido las STS de 20 de julio del 2007, 15 de enero del 2008, 9 de julio del 2008 y 15 de octubre del 2008).

⁴⁸⁷ En el citado artículo se prevé una indemnización por clientela para el agente cuando se extinga el contrato de agencia; el agente haya aportado nuevos clientes al empresario (o incrementado

ningún caso, del importe medio de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos 5 años. Aunque con anterioridad a la promulgación de esta Ley, negaba tanto a este contrato en específico, como a los contratos de distribución, el derecho a ser indemnizado por la clientela obtenida.⁴⁸⁸

Pero para aplicar por analogía este artículo de la Ley del contrato de agencia la jurisprudencia exige; que el contrato de duración indefinida termine; que el franquiciador haya posibilitado nuevos clientes o los haya incrementado y que todavía pueda producir beneficios sustanciales al empresario suministrador del productor; que existan cláusulas que limiten la libre competencia; o incluso, que se dé la inexistencia de incumplimiento grave del franquiciador –distribuidor de los productos-. Al igual que han hecho y hacen muchos distribuidores o concesionarios cuando se resuelven sus contratos, no son pocos los franquiciados que con ocasión de la extinción de sus contratos, reclaman a los franquiciadores una indemnización por clientela invocando precisamente la aplicación analógica de esta disposición de la Ley del Contrato de Agencia⁴⁸⁹.

sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente); la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario; y la indemnización resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda el agente o por las demás circunstancias que concurran en la extinción. En la norma se establece además que la indemnización nunca podrá exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

⁴⁸⁸ Véase en este sentido las STS de 30 de junio de 1964, 21 de octubre de 1966, 14 de marzo de 1973 y 21 de abril de 1974.

⁴⁸⁹ Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *El contrato de franquicia*, 1995, pág. 541; MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid 1995, pág. 275; el argumento de ellos era claro, ya que la agencia y la franquicia comparte una función económica y se hallan inmersos -junto con el contrato de distribución o de concesión mercantil, dentro de la clasificación doctrinal de “contratos de distribución” o “contratos de colaboración”,

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia se muestra dividida en esta cuestión. De este modo, es especialmente significativa, por las referencias que a la misma realizan muchas otras sentencias, la STS 697/2007, de 22 de junio (relativa a un contrato de distribución), en la que se recapitula sobre la jurisprudencia existente a favor o en contra de la aplicación analógica y se acaba sosteniendo que la indemnización por clientela; “no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos utilizados por los empresarios para la distribución de productos, puede ser apreciada en otros contratos, entre los cuales el de distribución.” Con ello el Tribunal Supremo parecería estar abriendo la puerta a la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a la extinción de los contratos de franquicia. La división se mantiene sin embargo en las Audiencias Provinciales, siendo numerosas las sentencias a favor, con más o menos matices, de la aplicación analógica (por ejemplo, la SAP Barcelona de 10 de junio de 2004, la SAP Madrid de 5 de mayo de 2010, la SAP Madrid de 12 de marzo de 2012 y la SAP Madrid de 29 de abril de 2010); pero siéndolo también las sentencias contrarias a dicha aplicación (como las STS de 18 de marzo del 2004, de 4 de octubre de 1999, de 20 de enero del 2000, de 31 de octubre del 2001, de 28 de enero del 2002, de 5 de febrero del 2004 y de 29 de diciembre del 2005; y por ejemplo, de las SSAAPP de Tarragona de 30 de enero de 2008, de Valencia de 28 de abril de 2000, de Álava de 10 de abril de 2006, de Burgos de 2 de diciembre de

así consideran que la clientela, *debe considerarse como un activo común que deberá liquidarse entre las partes cuando se extinga la integración*. Pero los detractores de la analogía, sostienen que las diferencias entre ambos tipos contractuales -en especial, la actuación en nombre y por cuenta propios del franquiciado, y los distintos sistemas de remuneración en cada contrato-, no pueden ser obviados, e impiden por tanto la analogía. *Vid.* igualmente, MARIN HITA, L., “Sentencia de 31 de mayo de 2012. Contrato de agencia: indemnización por clientela y criterios para su determinación obligado a su pago tras cesión del contrato”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N°91, 2013, págs. 303-318.

2011 y de Málaga de 30 de noviembre de 2005). Fundamentando estas últimas la falta de aplicación analógica sobre todo por la falta de idoneidad entre ambas figuras y el hecho fundamental, que en la franquicia, la clientela es atraída inexorablemente por la marca del franquiciador⁴⁹⁰. Sin embargo, ello supondría ignorar la diferente naturaleza de los contratos de agencia y de franquicia y otros datos diferenciales de importancia entre el agente y el franquiciado⁴⁹¹; ya que aunque ambos sean empresarios independientes, esa independencia se tiñe de rasgos laborales en el caso del agente⁴⁹² primando, sin embargo, el factor inversionista del empresario franquiciado; la actuación del interés del principal que realiza el agente es directa, mientras que la que pudiera entenderse que hace el franquiciado de interés del franquiciador es indirecta, en tanto que reflejo de la que

⁴⁹⁰ La jurisprudencia considera igualmente válido, el pacto de renuncia a la indemnización por clientela por parte del franquiciado, como se puede apreciar en la STS de 20 de julio de 2007.

⁴⁹¹ En este sentido citamos parte de la doctrina que está disconforme con la aplicación de la analogía del la LCA, como es el caso de; *Vid.* ALONSO SOTO, R., "Contratos de distribución", en *Curso de Derecho Mercantil*, de URÍA-MENÉNDEZ, R., II, Madrid 2007, pág. 210; PAZ ARES, C., "La terminación de los contratos de distribución", *R. D. M.*, 1997, pág. 8; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, Madrid 2000, pág. 179; VALENZUELA GARACH, F., "La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992 de 27 de mayo", *DN*, Nº 37, 1993; *Idem*, "El agente comercial", *Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia*, 1986; entre otros muchos. *Cfr.* MARÍN HITA, L., "MARIN HITA, L., "Las pretensiones indemnizatorias en el contrato de concesión mercantil", *Derecho de los negocios*, Año Nº 9, Nº 94-95, 1998, págs. 9-24.

⁴⁹² *Vid.* PÉREZ DE LA CRUZ, R., "Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica", en AA.VV, *Contratación mercantil*, CDC, Madrid 1999, págs. 25-37; señala que la Ley del Contrato de Agencia ha introducido ciertas normas "cuyo contenido recuerda al que es propio de la legislación laboral" como son: la declaración del carácter imperativo de sus preceptos (art. 3.1), la competencia del Juez del domicilio del agente para conocer las acciones derivadas del contrato -con la consiguiente nulidad de los pactos en contrario (Disposición adicional)-, y la determinación de los derechos de indemnización del agente para caso de extinción del contrato celebrado por tiempo indefinido, que "guardan cierta concomitancia con la indemnización por despido en el mundo laboral".

realiza en interés propio; mientras que el agente promueve la contratación de los productos o servicios propios del principal, generando o ampliando el círculo de la clientela y obteniendo su beneficio de las comisiones correspondientes, el franquiciado se aprovecha lícitamente de la imagen empresarial de la red de franquicia, alcanzando su beneficio con la reventa –o la prestación de servicios que integran la franquicia– a clientes ya seducidos por aquella imagen y su prestigio e incondicionales de la franquicia, sea quienes fueren los dueños de los establecimientos franquiciados y el lugar en el que éstos se ubiquen⁴⁹³

B) Una referencia al tratamiento de la indemnización por clientela por parte del derecho comparado

En lo que respecta al estudio aplicado en el derecho comparado esta indemnización, para este tipo de contratos de franquicia, también está imprecisa. Así por ejemplo en Alemania, tampoco existe ninguna disposición legal que contemple la indemnización por clientela en el momento de la terminación de los contratos de franquicia, teniéndose que aplicar igualmente por analogía las indemnizaciones previstas en el Código de Comercio en el caso de resolución de los contratos, es decir, cuando el distribuidor se encuentre integrado de una forma tan estrechamente a la red del empresario principal que la relación contractual entre ambas partes vaya más allá de una simple relación entre comprador y vendedor⁴⁹⁴. Cuando se cumplan las dos circunstancias anteriores, el franquiciador puede ser tratado y considerado a efectos de indemnización como un agente comercial. La única excepción a esta obligación de pagar indemnización

⁴⁹³ *Vid.* LAZARO SÁNCHEZ, E.J., “El contrato de franquicia (Aspectos básicos”, *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia), Nº 18, Murcia, 2000, págs. 91-116.

⁴⁹⁴ Un ejemplo claro de esto, sería el caso en el que el distribuidor debe ajustarse a las directrices de mercado del empresario principal –franquiciador– y cuando deba rendir cuentas de sus actividades a éste como si se tratara de un agente comercial.

es cuando la finalización del contrato se produce a instancia del franquiciador o cuando el mismo insta la resolución por una causa justa y razonada de la que él como distribuidor, no sea responsable⁴⁹⁵.

Por otra parte en Brasil –país con gran trascendencia en lo que se refiere al negocio de la franquicia-, su jurisprudencia contempla una indemnización por clientela a favor del franquiciador que, aunque no está sometido a condiciones específicas, toma en cuenta el resarcimiento de los daños causados. En Estados Unidos, los Tribunales sólo contemplarían dicha indemnización cuando se hubiera previsto expresamente en el contrato de franquicia (aunque en la práctica, muy rara vez ocurre). En el continente asiático, en concreto Japón, es muy similar y no se concreta nada sobre dicha indemnización.

Caso de relevancia en el Derecho comparado es el asunto Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.¹¹² (STJCE de 9 de noviembre de 2000, Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc, C-381/98, p. I-9305); en donde el Tribunal Europeo resolvió la obligación de indemnización por clientela entre dos empresarios -uno europeo y otro californiano-, amparándose en los art.17 y 18 de la Directiva de 18 de diciembre de 1986, imponiendo la sanción a la empresa californiana (a pesar que la ley californiana no regulaba contemplaba dicha indemnización).

⁴⁹⁵ Para calcular la indemnización correspondiente habría que tener en cuenta los beneficios que el franquiciador hubiera obtenido con el nuevo franquiciado, aunque siempre con un límite nunca superior al beneficio medio anual de los nuevos clientes conseguidos por el franquiciador (siempre se tomará como base el correspondiente a los cinco últimos años).

C) La polémica postura normativa del Proyecto (fracasado) de Ley de Contratos de Distribución ⁴⁹⁶

No podemos obviar el estudio de la que se iba a convertir en Ley de Contratos de Distribución⁴⁹⁷ y ello por ser una de las partes más polémicas del Proyecto. Éste, señalaba, que en el caso que existiese en el contrato una cláusula de no competencia tras la finalización del contrato por parte del franquiciado, se podría fijar una indemnización por clientela que sería cifrada –y así decía el futuro Proyecto-; "en la media anual del importe neto de la cifra de negocios obtenida por el franquiciador durante los últimos cinco años de vigencia del contrato". Inmediatamente con la pretendida iniciativa, las críticas no cesaron, ya que dicha consecuencia tendría como resultado, la posibilidad de que el franquiciador tuviese que asumir el pago de la consiguiente indemnización por clientela, e irreversiblemente para asumirla previsiblemente, tendría que incrementar los royalties - y /o pagos-, a los potenciales franquiciados, conllevando todo ello, a hacer menos atractivo para el futuro franquiciado ese nuevo modelo de negocio (revestido con el nombre de franquicia), cuya nueva inversión seguramente fuera nociva para sus intereses debido al incremento económico del negocio.

⁴⁹⁶ Véase igualmente en este sentido el Capítulo VII de la tesis: "Perspectivas de futuro", su Sección XXVII, Punto primero, "La propuesta del Nuevo Código mercantil", epígrafe *d*), "la indemnización por clientela"; que de la misma –indemnización por clientela- hace nuestro Derecho "proyectado" (de ahí que lo ubiquemos en dicho epígrafe, y no ahora en éste, por no ser Derecho positivo).

⁴⁹⁷ Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, que una vez aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de junio de 2012, posteriormente fue rechazado, y no parece que vaya a ver la luz.

Esta medida, al igual que la de otorgar al franquiciado potestad para traspasar su negocio⁴⁹⁸ –medida inexistente hasta ahora en nuestra normativa-, eran iniciativas que no gustaron a los franquiciadores actuales, y tras sus críticas, han sido el resultado de que hasta ahora, esta nueva iniciativa legislativa, no haya seguido su curso como se esperaba. Nosotros creemos, que a la peculiaridad de este contrato -salvo cláusulas consentidas por ambas partes en el mismo-, no le podría corresponder al franquiciado la indemnización por clientela, ya que la misma, es consecuencia de la labor del franquiciador, fruto del buen hacer a lo largo de la vida de la franquicia (es, podíamos definirla, una clientela adquirida y consolidada por parte del franquiciador), y por el contrario no se trataría de una clientela fruto del esfuerzo personal del franquiciado, por lo tanto deducimos, que ante la ausencia de una normativa específica no cabría aplicar la analogía de la LCA, y sí, la regulación contractual de ambas partes.

SECCIÓN XX.- LA RESPONSABILIDAD EN LA FRANQUICIA

1. ACERCA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Los antiguos romanos -que fueron gente muy sabia y muy práctica-, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y, *alterum non laedere* (es decir no dañar al otro) -en la clásica cita de ULPIANO sobre la justicia- Para los romanos, a partir de esos principios, se podía ante cualquier situación

⁴⁹⁸ Siempre que se comprometiera el franquiciado a la hora de traspasar dicha franquicia, a mantener por escrito los medios y recursos con los que ya operaba el cedente.

saber como comportarse en relación con los demás.⁴⁹⁹ Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde -tal como veremos más adelante-.

En principio, como observamos en el contrato de franquicia, debemos hacer referencia a la responsabilidad precontractual⁵⁰⁰, luego seguimos -con grandes aportaciones de FAGELLA en la doctrina italiana⁵⁰¹, con las que estamos de acuerdo-, diseñando el inicio de la responsabilidad con las "tratativas" -tratos preliminares-, y finalmente la perspectiva se expandió en la actualidad abarcando los siguientes supuestos: defectos en la negociación, apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas, incumplimiento de los deberes precontractuales del empresario en los contratos de consumo⁵⁰² y, daños a la persona derivados de prestaciones precontractuales.

⁴⁹⁹ El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación -en sentido jurídico- de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama "responder" o ser "responsable" o tener "responsabilidad" por el daño padecido por otra persona.

⁵⁰⁰ Que fue un *instituto* que comenzó a ser estudiado por Ihering, quien específicamente se ocupó del supuesto en el cual alguien contrata por error, y ello conduce a la nulidad del contrato.

⁵⁰¹ *Vid.* FAGGELLA, G., "Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Tomo III, Napoli, 1906, págs. 217 y ss.

⁵⁰² Cabe señalar a propósito de la información precontractual, el artículo 2.16 de los citados ya, Principios de Unidroit que textualmente dicen: "Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra."

Ahora bien, en relación con el contrato de franquicia existe consenso en que responsabiliza, primariamente, al “elaborador”, y extiende ese deber de indemnizar a quien se presente como tal, “colocando su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo sobre el producto; al importador y al distribuidor”, así pues, el incumplimiento de los deberes de información previa, lealtad publicitaria, registro y supervisión administrativa, darían lugar a responsabilidad precontractual del franquiciador. Y esto es evidente porque sucede en la práctica que la oferta que lanzan los franquiciadores a través de los medios publicitarios son muy convincentes en torno al éxito del negocio y niveles de facturación probables. Por ende, si dicha publicidad es engañosa e indujese –como ocurre en la mayoría de los casos-, al potencial franquiciado a contratar sobre la base de un negocio que luego no era tal, deberían ponerse en marcha medidas de tutela preventiva ante dichos supuestos. Las medidas deben consistir en que se imponga un deber de información y responsabilidad precontractual por incumplimiento del mismo –como impone el art. 3 del citado Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores-, y en donde su obligación e información precontractual debe referirse básicamente a los pagos exigibles, inversiones, modalidades principales del manual operativo, balances de resultados del franquiciador en los años precedentes, expectativas de ventas y ganancias entre otros muchos preceptos.

El problema de la cuestión planteada, parece encaminarse a saber qué sucederá en el supuesto de frustración de expectativas de rentabilidad. Aquí la postura mayoritaria indica que en principio el franquiciador no es responsable, únicamente sí lo estaría en el supuesto de información precontractual defectuosa. Creemos que la omisión informativa que da lugar a este tipo de responsabilidad, sería, el supuesto en el cual se lograra acreditar el engaño publicitario que informó franquicias exitosas ocultando los posibles fracasos, o si dio a conocer como

promedio de ganancias, algo referido a un período de tiempo breve de un pequeño grupo de franquicias; luego en relación con la responsabilidad contractual, deberá tenerse en cuenta que la misma, podrá tener su nacimiento en la violación de cualquiera de las obligaciones “nucleares”⁵⁰³ y deberes “colaterales”⁵⁰⁴ que en este tipo de contrataciones asume el franquiciador.

A) Responsabilidad civil. Artículos 1902 y 1903 del Cc.

Partiendo de este artículo -1902 Cc-, tan mencionado en demandas y reclamaciones que dice que: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Y del artículo 1903 del mismo cuerpo: *La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

(...)

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

(...)

⁵⁰³ En este sentido se entiende como obligaciones “nucleares” del franquiciador: la obligaciones de dar (entrega de productos, la marca, know how, etc.), también de hacer (suministro de asistencia técnica), y de no hacer (tal la obligación de no obstaculizar el progreso de la franquicia).

⁵⁰⁴ En este caso nos referimos con obligación colateral con base en la buena fe, a la actitud del franquiciador permitiendo en todo momento el desarrollo del contrato, no competir y dar un plazo de preaviso para la extinción del mismo, por ejemplo.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Por tanto, analizando muy someramente estos artículos, podemos deducir que en primer lugar responde la persona que ha ocasionado el daño de forma directa si ha actuado negligentemente. Que en el caso de ser empleados o trabajadores por cuenta ajena responderán también los responsables de la empresa, e incluso, también podrá responder la central franquiciadora si fue ella quien dio instrucciones de actuar de esa determinada manera, aunque está claro que frente al reclamante lo más directo es exigir responsabilidad a quien ha provocado ese daño, es decir, el franquiciado; luego éste ya exigirá la responsabilidad que proceda, si es que procede, tanto al causante real del daño (en este caso, su empleado), como a la central franquiciadora (en el caso que se pueda depurar responsabilidad alguna por haber actuado bajo su directo mandato al respecto).

No obstante, ésta es una cuestión no pacífica dentro de la doctrina, y desde el punto de vista jurisprudencial nuestro alto Tribunal no se ha manifestado al respecto; si bien podemos citar en este sentido sentencias del Tribunal Supremo del 9 de julio de 1984 y del 23 de febrero de 1976, aunque sobre hechos en nada relacionados con la franquicia, ha dejado sentido que;

(...) cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas (y el de franquicia se da entre empresas jurídicamente no subordinadas aunque sí lo estén organizativamente) falta toda razón para aplicar el art. 1903 del Cc, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndoles a su vigilancia y dirección.

Y estimamos que es precisamente en este deber y derecho de “vigilancia y dirección” donde encaja perfectamente la relación de franquiciador y franquiciado.

Queda claro, que planteado un caso así ante los tribunales, el franquiciador se defenderá alegando el esencial principio de independencia empresarial que rige estos contratos toda vez que franquiciado y franquiciador son sujetos diferentes a todos los efectos, y así se proclamará, sin lugar a dudas, en el contrato que les une. Sin embargo cuando el reclamante es un consumidor final, está dotado de una grandísima protección que le otorga el TRLCU. Es real, que cuando un consumidor acude a un establecimiento franquiciado, posiblemente lo haga en la consciencia de que detrás está el grupo empresarial fuerte (es decir, la central franquiciadora), y bajo su protección el consumidor adquiere esos productos o contrata esos servicios. Para ello en los contratos que se firmen con los clientes como en la publicidad o anuncios del establecimiento, debe dejarse bien claro que se trata de un establecimiento franquiciado, pero que es una empresa con independencia y autonomía de la central franquiciadora.⁵⁰⁵

Las STS de 22 de julio de 2003 y 17 de diciembre de 2004 recuerdan que: la responsabilidad por culpa extracontractual (es decir, la derivada de estos artículos) requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo causal entre la acción u omisión y el daño.

⁵⁰⁵ Por todo, BURGOS PAVÓN, G y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M^a.S., “La franquicia. Tratado práctico y jurídico”, Eds. Pirámide, Madrid, 2014.

2. RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIADOR

A) Responsabilidad por productos defectuosos: el franquiciador frente al consumidor

Ante la ausencia de textos legales concretos, en los comienzos, se producía una extrapolación a esta materia de la normativa prevista para otros tipos de responsabilidad⁵⁰⁶, pero lógicamente esta extrapolación no siempre condujo a resultados satisfactorios, sobre todo por la complejidad de aspectos jurídicos que esta clase de responsabilidad envolvía: civil, penal y mercantil. Así, los preceptos del Código Civil han sido superados, primero por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁵⁰⁷, y posteriormente por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos. En cuanto a la legislación europea, igualmente sus reformas han sido varias⁵⁰⁸, las directivas para la protección de los consumidores

⁵⁰⁶ Se acudía principalmente al artículo 1902 del Código Civil, regulador de la responsabilidad civil. E igualmente al régimen de regulación común de los vicios ocultos, regulado en nuestro Código Civil en sus artículos 1484 y siguientes.

⁵⁰⁷ Posteriormente reformada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Y en la actualidad, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁵⁰⁸ Podemos citar en sus inicios de los años setenta, la Convención de Estrasburgo de 1977, Convenio Europeo sobre responsabilidad por productos en caso de lesiones corporales o muerte, aprobado el 27 de enero del mismo año, que tuvo una gran influencia en la posterior Directiva 85/374/CEE. Algo más tarde, la Comisión presentó el primer programa de acción relativo a la protección de los consumidores (Diario Oficial Nº C 92, de 25 de abril de 1975), legislando para toda clase de productos, así por ejemplo para los cosméticos ha sido abundante sus reformas, algunas de ellas son: la Primera Directiva 80/1335/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los

cada vez se preocupan más por éstos y se adaptan al mercado⁵⁰⁹, así la Directiva 85/374/CEE tiene como objeto garantizar un nivel elevado de protección de los

Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Segunda Directiva 82/434/CEE de la Comisión de 14 de mayo de 1982, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Tercera Directiva 83/514/CEE de la Comisión, de 27 de septiembre de 1983, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Cuarta Directiva 85/490/CEE de la Comisión, de 11 de octubre de 1985, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Quinta Directiva 93/73/CEE de la Comisión de 9 de septiembre de 1993, relativa a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Sexta Directiva 95/32/CE, de la Comisión, de 7 de julio de 1995, relativa a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos, la Séptima Directiva 96/445/CE, de julio de 1996, relativa a los métodos de análisis necesarios para comprobar la composición de los productos cosméticos.), etc...; en cuanto al etiquetado de los productos, igualmente destaca: el Reglamento (CE) N.º 49/2000 de la Comisión, de 10 de enero de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) N.º 1139/98 del Consejo relativo a la indicación obligatoria, en el etiquetado de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente, de información distinta de la prevista en la Directiva 79/112/CEE, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DOL 109 de 6 de mayo), por citar algunos ejemplos.

⁵⁰⁹ Señalamos ahora la reciente Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) N.º 1093/2010, que aunque indudablemente es totalmente ajena a la materia tratada, si es significativa para resaltar como las Directivas se van adaptando a las circunstancias y al entorno donde nos movemos, y como debería a nuestro entender, hacer los legisladores –esta vez sí- con el modelo de negocio que estamos tratando.

consumidores contra los daños causados a su salud y a sus bienes por un producto defectuoso⁵¹⁰.

Al principio es claro que mediante dicho contrato de franquicia, es el franquiciado el que se relaciona –contractualmente de la misma manera–, con el consumidor o usuario final. Pero no por ello, el franquiciador estará exento de responsabilidad en relación con estos terceros consumidores y usuarios. En primer lugar le corresponderá responder por los defectos de sus productos –los que en dicha relación contractual obligatoriamente ha abastecido con los mismos a su franquiciado, en razón del riesgo que éstos tengan para la integridad –o incluso para la salud–, de los consumidores. Por lo tanto el factor de atribución que genera la responsabilidad del franquiciador no es otro que el “riesgo”⁵¹¹, y es éste el que permite que en determinadas áreas de la actividad humana que hayan alcanzado cierto avance tecnológico, y que en otro tiempo estuvieron influenciados por la “culpa”, pasen a un régimen objetivo. Este hecho que atribuye responsabilidad objetiva al franquiciador obliga a que su criterio para determinar el mismo, se base únicamente en que se den circunstancias objetivas. El reconocimiento y adopción legislativa de la responsabilidad objetiva del proveedor –productor, franquiciador,

⁵¹⁰ Cfr. GÁZQUEZ SERRANO, L. “La responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea: Derecho comunitario y de los Estados miembros”, en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2002.

⁵¹¹ Como señala DÍAZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Culpa y riesgo en la esponsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho Autónoma de Madrid*, Nº4, 2000, pág.154; “la responsabilidad –se dice, en concreto los juristas franceses– no es un riesgo que pesa sobre la propiedad, pues el propietario sólo está obligado si usa la cosa y si la guarda. es un riesgo de la explotación, porque si el uso de las cosas es fuente de ventajas y de beneficios, debe ser también fuente de responsabilidad: ubi emolumentum ibi onus”.

fabricante, etc.-, han generado muchos debates doctrinales en los diferentes países en los que se ha regulado ⁵¹².

Un producto es considerado defectuoso, cuando no ofrece seguridad a los consumidores atendiendo a todas las circunstancias, éstas derivan: del diseño del producto; de la manera en la cual fue introducido en el mercado incluyendo su aspecto externo o presentación; y, del uso previsible del producto, materiales, contenido y condición.⁵¹³

⁵¹² En ese sentido, en España, el artículo 1º de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, señala que “los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”. Por otro lado en cuanto a la legislación brasileña, el primer párrafo del artículo 12º del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, establece que: “El fabricante, productor o constructor nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos actuales de diseño, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación, o acondicionamiento de sus productos, así como por las informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”. En Colombia, el artículo 24º del Proyecto de Estatuto del Consumidor, establece que “el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en el producto, responderán solidariamente por el daño al consumidor resultante de vicio o defecto del producto. El deudor solidario que verifique el pago, podrá repetir contra el responsable. En la acción de repetición sólo serán oponibles las causales de exoneración previstas en esta ley”. En Argentina, es el artículo 40º de la Ley 24.240 (texto según la modificación introducida por la Ley 24.999 en su artículo 4º), la que prescribe que “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.

⁵¹³ Esta particular redacción es similar a la utilizada en la Directiva Comunitaria sobre productos defectuosos, y en general por otros países de América Latina, así a modo de ejemplo podemos citar el numeral 1º del artículo 12º del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, señala que “un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente se espera,

Afirmamos que la responsabilidad por la comercialización de estos productos defectuosos –en el caso de los servicios, igualmente-, no recae única y exclusivamente-, por parte del franquiciado, sino que afecta a toda la cadena de producción⁵¹⁴ y comercialización de dicho producto o servicio, por lo tanto todos responderán solidariamente⁵¹⁵, de manera que para el consumidor sea más fácil

tomando en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales: - su presentación; - el uso y los riesgos que razonablemente de él se esperan; - la época en que fue colocado en circulación”. E igualmente, en la legislación europea, el artículo 5° de la Ley Italiana de protección al consumidor Decreto 224/1988, señala que: “un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar de él, teniendo en cuenta, entre otras, estas circunstancias: el modo conforme el cual el producto ha sido puesto en circulación, su presentación, sus características notorias, las instrucciones o las advertencias provistas; el uso al cual el producto puede ser razonablemente destinado y los comportamientos que, en relación a ese destino, pueden ser razonablemente previstos, y el tiempo en el que el producto ha sido puesto en circulación”.

⁵¹⁴ Así la responsabilidad del productor, fabricante, etc, será objetiva (aunque con matizaciones), ya que en realidad sería semi-objetiva, pues el productor no es responsable según el artículo 7 de la citada Ley en determinados supuestos como en el caso que el productor no fuera responsable de los riesgos del desarrollo, probando que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en su nivel más avanzado, no permitían descubrir la existencia del defecto (*Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C., “La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro”, Revista Aranzadi, N° 3, 2000, pág. 2331*); igualmente esta responsabilidad al ser objetiva, no hace falta demostrar la culpa, es relativa - ya que el productor no es responsable cuando demuestra la existencia de determinados hechos que pueden ser objeto de revisión-, es limitada en el tiempo –en el art.10 cita que prescribe a los tres años-, en la que la víctima tiene que demostrar que ha sufrido el daño, y es una responsabilidad solidaria –con todo lo que ello conlleva, esto es, permite a la víctima demandar a cualquiera de los responsables para recibir íntegramente una compensación-.

⁵¹⁵ Otros sujetos responsables serán aquellos pertenecientes a la fase de distribución, y en concreto el artículo 3 señala a toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y entre éstos incluiremos a todos aquellos que hacen figurar su nombre en el producto –aún sin intención de presentarse como productores-.

dirigirse y exigirle a cualquiera de los partícipes la reparación íntegra⁵¹⁶ –ya sea por vía contractual, que ocurriría en el caso que se dirigiera contra el que le vendió directamente el producto o le ofertó el servicio, o mediante la vía extracontractual, para el caso que se dirija contra el proveedor, distribuidor (...)-, lo más recomendable sería que el consumidor, en forma previa a la iniciación de un proceso civil, elija entre exigir la indemnización por daños en la vía contractual o extracontractual, criterio adoptado por los Tribunales españoles, quienes de este modo le están permitiendo al consumidor optar por decidir qué sujeto está en mejor condición (económica) para soportar el peso de la indemnización. Obviamente, ello no supone en ningún caso poder exigir dos responsabilidades, sino simplemente elegir entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Lo que cita textualmente el art.5 de la Directiva 85/374/CEE: “si dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho de repetir”, aplicándose por tanto entre todos los responsables la regla de la solidaridad, la cual beneficia sobre todo a la víctima –tanto en la simplificación procesal, como por la mayor seguridad que introduce para que pueda ser indemnizada con mayor garantía-.

⁵¹⁷ En este sentido el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, expone que el perjudicado tiene derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los daños morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada “en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”, e igualmente en el art.132, relativo a la responsabilidad solidaria cita textualmente que:“las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño”.

B) Responsabilidad laboral del franquiciador

En el ámbito del derecho laboral, en su concepción genérica no perdona jamás, el que obtiene el beneficio es el “empresario” y en consecuencia es el responsable del trabajador y de las obligaciones para con él. Pero esta premisa, no es exactamente así, en la práctica existen a nuestro entender –y como así demuestra la jurisprudencia-, algún caso donde el franquiciador responderá de las obligaciones –que a priori, serían únicamente del franquiciado- .⁵¹⁸

a) Existencia de patrimonio empresarial confuso

Se produce cuando exista confusión de patrimonios entre la central franquiciadora y la franquicia, es decir, cuando la concesión el modelo de negocio por parte del franquiciador, no se realiza en exclusividad para el franquiciado, sino que es un acuerdo o contrato bilateral pero “a medias” –bien sea, porque el franquiciador administra de hecho o derecho la nueva franquicia o igualmente, ya sea porque forma parte del accionariado de la sociedad franquiciada bien sea mediante vinculación accionarial o de régimen de administración, de hecho o de derecho-, en tales casos, todo quedará al arbitrio del juez, ya que éste podrá considerar que el franquiciador es el que se beneficia finalmente de la explotación de la franquicia directamente a través de su vinculación, pero puede existir que la resolución del juez sea interpretada desde el punto de vista de que el franquiciado será bajo su criterio, el responsable de sus empleados al contratarlos por su riesgo y forma.

b) Prestación laboral producida en un entorno del grupo empresarial

Otro supuesto sucede en ocasiones, cuando un mismo trabajador trabaja para la “red” de franquicias –entendida ésta, como que unas veces trabaja para su

⁵¹⁸ Caso como veremos, controvertido tanto por nuestra jurisprudencia como por la Doctrina.

franquiciador en un centro propio, mientras otras trabaja para el franquiciado, en su propio establecimiento-, en estos casos lo más coherente y racional es que el juez interprete que el trabajador desarrolla su labor dentro del entorno organizativo de la red franquiciada –como en el supuesto anterior-, y en consecuencia probablemente condenará a su *patrón* laboral –que en teoría sería el franquiciado-, al pago de sus responsabilidades, pero solidariamente también al franquiciador.

c) La denominada franquicia como “contrata”

Dificultad igualmente se encontrarán los magistrados para dirimir en el caso de que se considerase a la franquicia como “contrata”, sus defensores, parten de la idea de que la franquicia no supone otra cosa que la externalización de actividades o servicios que forman parte de la "propia actividad" del franquiciador. De esta forma, se produciría una asimilación entre el empresario principal-franquiciador y el contratista-franquiciado, que conduciría a la extensión al franquiciador de la responsabilidad solidaria en materia salarial y de Seguridad Social prevista en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores⁵¹⁹. Ahora bien

⁵¹⁹ Art. 42 del Estatuto de los trabajadores, relativo a la responsabilidad empresarial en caso de la subcontratación de obras o servicio: “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. 2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de

creemos, que la consideración de la franquicia como una contrata puede resultar extremadamente forzada si se repara en que quien percibe los beneficios de la explotación de la franquicia no es el franquiciador, como ocurriría en el caso de la contrata, sino el franquiciado (si bien éste está obligado a abonar un determinado canon al franquiciador como contraprestación por la explotación de la franquicia. Por ello podemos caer en el error de que al extender la responsabilidad a sujetos ajenos a la relación laboral, se podría frustrar la finalidad económica del contrato de franquicia.

d) El Principio de apariencia. Especial referencia a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Nº 230/2014, de 7 de mayo (RJ 2014/2477)

Supuesto de relevante importancia, y que muy recientemente ha sido objeto de una Sentencia, ha sido la referida al “principio de apariencia jurídica”⁵²⁰, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Nº 230/2014, de 7 mayo (RJ 2014\2477), en que aplicando el principio de apariencia imputa responsabilidad al franquiciador en el sector de la prestación de servicios, en concreto en el sector de las franquicias médicas. Así, el *Supremo*, en su fundamento tercero, el cual citamos literalmente, establece que:

“El médico no actuaba en términos de plena autonomía e independencia sino de subordinación o dependencia respecto del franquiciador, el cual imponía las normas de actuación y calidad de los productos y servicios; relación de la que resulta, además, su responsabilidad por el uso incorrecto del mismo, en virtud del principio de apariencia que resulta de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato en el que se toma en consideración la garantía

familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

de una correcta atención al enfermo derivado de la propia obligación de facilitar la franquiciadora al franquiciado las técnicas a emplear en el funcionamiento de la actividad médica, tipos de prótesis y clases de material o productos a utilizar, ya sea quirúrgicos, sanitarios, etc.”

Luego observamos que se trata de una doctrina discutible y que en cierto modo contradice la clásica posición de nuestra jurisprudencia. En efecto, los Tribunales españoles han venido a delimitar, en cierto modo, el contenido del know-how propio de las redes de franquicia aplicado a los sectores de la distribución de productos y/o al de la prestación de servicios, afirmando que éste no está constituido por los productos en sí mismos distribuidos ni por la prestación de unos servicios concretos *stricto sensu*.

El know-how en las redes de franquicia, según nuestros tribunales, está constituido por la particular forma de gestionar y explotar un modelo de empresa, de presentar determinados productos y de articular una imagen de gestión uniforme a toda la red, pero no engloba la *lex artes* del profesional. El know-how en las redes de franquicia, se articula como una fórmula abierta de optimización de los recursos que integra todos los conocimientos necesarios para explotar uniformemente un modelo de empresa propio del franquiciador –STS de 21 de octubre de 2005-. Pero no engloba la *lex artes* del profesional en el ejercicio de su actividad. Por ello la aplicación del “principio de apariencia” a las redes de franquicia debería aplicarse, quizá, de una manera más restrictiva de cómo lo ha realizado el Tribunal Supremo en la Sentencia Nº 230/2014, de 7 mayo (RJ 2014\2477).

En la mayoría de las sentencias la jurisprudencia se pronuncia mayoritariamente a favor de la independencia entre franquiciador y franquiciado, pero es verdad que empiezan a surgir sentencias en las que los jueces entran a profundizar en la actuación y atribuciones del franquiciador para determinar si existe "grupo de empresas" entre franquiciador y sus franquiciados. Por ello

debemos advertir que el excesivo celo del franquiciador respecto a la elección y actuación de los empleados del franquiciado puede conllevar el riesgo de que se considere la existencia de grupo empresarial entre ellos y, por ende, se condene al franquiciador a responder por las deudas sociales del franquiciado. El empresario-franquiciador debe actuar cautelosamente y, evitar reflejar en los contratos de franquicia excesivas normas imperativas y de control respecto de los empleados del franquiciado, tales como, por ejemplo, la intervención en la elección de sus empleados, la concesión de primas, incentivos o premios directos a los comerciales del franquiciado, la posibilidad de imponer la sustitución de empleados, etc.; cláusulas éstas que, por increíble que parezca, hemos podido leer en algunos contratos de franquicia. Así, la Sentencia del TS, 2ª, 15.12.2006 (RJ 2007\429): responsabilidad civil subsidiaria de la entidad franquiciadora por un delito de estafa cometido por el administrador de la agencia franquiciada en atención de la teoría de creación del riesgo. Para que haya responsabilidad por hecho ajeno no hace falta el carácter jurídico concreto en la relación ni un beneficio específico en la actividad del dependiente.

e) Solución a la controversia

Concluimos considerando que los jueces laborales en relación al tema de responsabilidad laboral no tienen un criterio uniforme, sin embargo sí son casi unánimes en los fallos donde se extiende la responsabilidad al franquiciador argumentando que toda actividad que coadyuva al funcionamiento y se orienta al fin comercial, va a quedar comprendida dentro de la solidaridad laboral, por lo tanto incluso los propios trabajadores podrán demandar a unos –franquiciadores- u otros –franquiciados-, indistintamente, respondiendo ambos solidariamente. Es necesario apostillar que hasta que no se dicte una ley que regule dicho contrato de franquicia, tanto desde el punto comercial como laboral, los franquiciadores han de ser muy cuidadosos al momento de instrumentar e implantar la relación contractual con los franquiciados.

3. RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIADO

A) La responsabilidad del franquiciado por el uso del know-how

La obligación principal en un contrato de franquicia por parte del franquiciador –propietario de la idea de negocio-, es la de transmitir a su franquiciado todos los conocimientos comerciales y técnicos necesarios para poder llevar ese modelo de negocio, y ello lo realiza transmitiéndole mediante acuerdos de licencia o convenios, su know-how –saber hacer-, información que en la mayoría de las ocasiones no se encuentra patentada –y he aquí la problemática que presenta-. La duración de esta licencia –preestablecida en el contrato- tiene una duración determinada que prohíbe al franquiciado a explotar y divulgar la misma una vez finalizado el mismo. Esta prohibición –como resaltábamos en la negociación contractual-, se suele pactar con una serie de cláusulas, en concreto con las de obligación de no competencia y las de confidencialidad.

El *know-how* se define indirectamente en el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, y de manera similar en la Regulación de Exenciones para la Franquicia de la Unión Europea⁵²¹.

Igualmente en la regulación interna de algunos países, también contiene definiciones similares⁵²².

⁵²¹ Reglamento n. 4087/88 de la Comisión (CEE) de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en BOCE CEE L 359/46, de 28 de diciembre de 1988, artículo 1(3) (f): “know-how”, [significa] un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado”.

⁵²² En la doctrina igualmente podemos citar a GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *El secreto industrial (know-how); concepto y Protección*, Tecnos, Madrid, 1974. Lo define como “todo conocimiento

La condición de secreto es una de las repetidas en los instrumentos internacionales adoptados. Este es también el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, que de hecho proporciona una definición de “secreto” cuando afirma en el artículo 39(2) que, “para que la información no comunicada sea secreta, no debe -como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes-, ser generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión”. A la persona legalmente en poder de la información se le exige que adopte “medidas razonables” para mantenerla secreta. Por lo tanto a la hora de realizar el contrato de franquicia se han de fijar e identificar claramente que conceptos y bienes inmateriales serán objeto de transmisión, y los más importantes serán los del know-how, marcas, símbolos, nombres, enseñas y demás derechos de propiedad industrial que como estudiaremos en la siguiente sección son considerados como la piedra angular sobre la que se sostiene el sistema de franquicias, debiéndose a su vez de detallar las obligaciones tanto para el franquiciador⁵²³, como para el franquiciado⁵²⁴. Lo que ineludiblemente y obligatoriamente habrán de hacer las partes, es actuar de forma equitativa en sus relaciones mutuas⁵²⁵.

reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos”.

⁵²³ Como son la de posibilitar al franquiciado el uso del know-how completo y provisto del asesoramiento técnico –continuado-, deberá igualmente aportar la marca de los productos o el servicio, el emblema o la enseña, sus signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial: marcas (de productos y de servicios), el nombre comercial, patentes. En definitiva, el franquiciador deberá autorizar el uso por parte del franquiciado de los derechos de propiedad industrial que detente.

⁵²⁴ El franquiciado deberá por su parte: usar los derechos de propiedad industrial de forma adecuada, con el objeto de proyectar una misma imagen corporativa y de informar al franquiciador acerca de las usurpaciones que sobre los mismos se puedan producir, reconocer la validez, la propiedad de las marcas y nombres comerciales del franquiciador, obligación de

a) Aportación jurisprudencial al Know-how

La jurisprudencia ha resuelto varios casos en este sentido, citamos el Caso de las “franquicias de masajes”, SAP Zaragoza (5ª) 316/2010, 17/5 (JUR 2010\388990). En el supuesto concreto sometido a enjuiciamiento, no se ha utilizado fraudulentamente ninguna información confidencial, como técnicas, instalaciones o medios para poner en marcha una nueva iniciativa empresarial, servil copia de la de la actora. No concurre por tanto aquel primer requisito que se exige sobre que la información sea secreta en ese sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible, sino que se trata de unos masajes aplicados tanto por la franquiciadora como por otras muchas entidades que se dedican a ese mismo objeto, que tienen lugar en un ambiente sesudo oriental en que suelen desarrollarse todas esas prácticas, ni tampoco concurre por ello el tercer requisito dicho, aquel referente a la adopción de las medidas razonables para mantener la información en secreto, pues, en suma, como se viene manteniendo, se trata de unas técnicas que pueden considerarse de general conocimiento en los ámbitos propios en que normalmente se desarrollan⁵²⁶. En el ámbito del know-how en las

ejercicio del know-how, en orden a conseguir una imagen y un posicionamiento en el mercado, obligación de mantener el good - will y la imagen corporativa, así como de cumplir con estándares de calidad y todas las demás directrices y técnicas que hayan sido definidas por el franquiciador, dedicar sus mejores esfuerzos al crecimiento de su negocio de franquicia y a la conservación de la identidad y la reputación comunes de la red de franquicia.

⁵²⁵ El franquiciador deberá comunicar por escrito a sus franquiciados individuales cualquier infracción del contrato y, cuando proceda, concederá un plazo razonable para solucionar un eventual incumplimiento. Las partes deberían resolver, de buena fe y con buena voluntad, sus quejas, litigios y disputas, mediante la comunicación y la negociación directas, leales y razonables.

⁵²⁶ La STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8274) entiende que know-how (o "saber cómo hacer") es: “el conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar

franquicias el artículo 1.3, f) del Reglamento europeo 4087/88 (Leer 1988, 1748) lo define como "el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado", y en dicho caso la prueba practicada no ha acreditado que los masajes corporales proporcionados en los centros de la franquiciadora y del demandado sean iguales, pues lo único que ha sido probado es que en uno y otro centro se dan estos masajes, denominados con nombre orientales, pero no que sean los mismos, ni siquiera parecidos.

Otro caso relevante sobre la utilización del know-how lo constituye el caso Nick & Nick , en concreto la STS 754/2005, 21/10 (RJ 2005\8274), un acto de competencia desleal donde se solicita que se declaren la apertura y mantenimiento de los puntos de venta Nick & Nick franquiciados de Jachada, abiertos en Pamplona, San Sebastián, Zaragoza, Valladolid, Bilbao y Vitoria, y el desarrollo de la red Nick & Nick con base en la explotación del "know how" de Jachada⁵²⁷. La STJCE de 27 de septiembre de 1996, cuya doctrina es reproducida en lo fundamental en la Sentencia de 30 de abril de 1998, califica el contrato de franquicia de atípico; recoge una definición de la doctrina (como "aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas – franquiciador– otorga a la otra –franquiciado– el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona

evitando su divulgación" (También se pronuncia en idéntico sentido, la Sentencia de 24 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3459).

⁵²⁷ Pidiendo las condenas de cesación definitiva de los actos de competencia desleal, prohibiéndose la explotación del «know how», el cierre definitivo de las tiendas explotadas bajo la marca Neck & Neck, modificar la explotación de los puntos de venta Neck & Neck mediante otro sistema de ventas, decoración y modelos distintos que los actualmente empleados, copiados de "Jacadi", y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica"); y, siguiendo a la STJCE de 28 de enero de 1996 (TJCE 1986, 34) (caso "Pronuptia"), "la diferencia de los contratos de suministro o de distribución de mercancías, en que: a) el franquiciador debe transmitir su "know how", o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales; y, b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador", y por último, la Sentencia de 4 de marzo de 1997 (RJ1997,1642) (sobre resolución contractual por incumplimiento) dice que la característica fundamental de la modalidad de contrato denominada de franquicia es que, «una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje». Hemos observado que la transmisión del «know-how» del franquiciador al franquiciado es un requisito básico del contrato de franquicia según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial⁵²⁸. Negar la existencia del «know-how» del franquiciador cuando nada se reclamó durante la vigencia del contrato – supone desconocer –como ya se expuso– el carácter de requisito básico del contrato de franquicia que tiene la transmisión del «know-how» del franquiciador, supone también ignorar el propio contenido de los contratos de autos de los que claramente se deduce que la denominación y el rótulo Jachada se concede subordinado a un «know-how» para

⁵²⁸ En el presente caso, la franquiciadora afirma su utilización ilícita por las franquiciadas después de la ruptura –de hecho– contractual, en tanto las segundas niegan incluso su existencia.

la comercialización de prendas infantiles, y en los que explícitamente se asume la obligación de «explotar los puntos de venta bajo el rótulo Jachada con los distintivos, colores, métodos de decoración, escaparates, servicios de venta fijados por aquella y que constituyen el «Know-how» del franquiciador», y supone a su vez, contradecir la propia conducta observada durante la vigencia del contrato. Así pues, negar la existencia de una información, comprensiva de un conjunto de datos o conocimientos que resultan de la experiencia en la materia, que son de naturaleza técnica y aplicables a la práctica, y que en la perspectiva del comercio – que es la contemplada en la franquicia de distribución– dicha información resulta relevante para, al menos, mejorar la comercialización, y por tanto para apreciar la existencia estructural de un «know-how» concreto, como el del caso, ha de tomarse muy en cuenta el conjunto de sus elementos (el conjunto del mismo «configurado globalmente o en la configuración y articulación precisa de sus elementos»), y no a aquellos en su contemplación individual o aislada.

B) Responsabilidad del franquiciado por el uso de la marca

Afirmamos que el caso de utilización de la marca por el franquiciado después de resuelto el contrato, es constitutivo de un delito contra la propiedad industrial, y deberá de responder los franquiciados en virtud de lo establecido en la norma penal. Como ejemplo podemos observar la Sentencia AP de Lleida, sección 1ª, de 9 de septiembre de 2011, en virtud de la cual se confirma dicha afirmación con una sentencia condenatoria por el Juzgado de lo Penal, por un delito cometido por el franquiciado en virtud del art. 274 del Código Penal:

1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o

confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos⁵²⁹.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623. 5.

El asunto se desarrolla por el motivo ya citado, de que el franquiciado sigue utilizando la marca de la empresa titular de la misma, pese haberse resuelto el contrato previamente. Se condenó al acusado en virtud del artículo 274 – Sentencia de 4 de marzo de 2011- aunque posteriormente, dicha sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial -recurso de apelación-, pero con el mismo

⁵²⁹ Modificados estos apartados, 1 y el 2, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por el art. único.70, de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

resultado. En síntesis, el acusado pretendía su absolución, alegando el “error” – art. 14 del CP⁵³⁰–

a) Otros pronunciamientos judiciales.

A pesar de que la Jurisprudencia viene señalando de forma reiterada que no basta con alegar el error como causa de exclusión de responsabilidad penal, sino que, además, es necesario probar su existencia -STS 25 de mayo de 1992, de 28 de marzo de 1994, y de 7 de julio de 1997-, esto es la acreditación tanto de la existencia de ese error como de su invencibilidad -STS de 28 de marzo de 1994 o de 30 de Junio de 1994-, el acusado se escudó en el mismo sin acreditar el propio error. Es evidente que la Jurisprudencia ha venido destacando la dificultad de su acreditación, al pertenecer el mismo a la esfera interna del sujeto, exigiendo, “que el que actúa lo haga en la seguridad de que lo hace lícitamente, afirmando que la conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad excluye su apreciación... al asimilarse al dolo eventual, y no merecer por ello trato de benignidad alguno... “.

Pero a pesar de esta difícil acreditación, en el caso que relatábamos, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia dictada por del Juzgado de lo Penal, que ya había condenado al acusado por un delito contra la propiedad industrial del artículo 274 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, entre otras penas. Evidenciando, que la utilización

⁵³⁰ Artículo 14 del CP: *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

–al igual que como hemos visto con anterioridad de utilización del know-how-, de la marca, la responsabilidad del franquiciado es total, y deberá asumirla en su totalidad, indemnizando los daños y perjuicios que el empleo de la misma haya propiciado al franquiciador –o propietario de la misma-.

4. LA RESPONSABILIDAD Y LOS DAÑOS MORALES EN LA FRANQUICIA

El texto refundido de la LGDCU de 2007 ha seguido el mismo criterio que el legislador de 1994 y continúa excluyendo los daños morales del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos⁵³¹.

A la luz del vigente art. 128.2 TR, la referencia explícita de este precepto a la posibilidad de que el perjudicado -por un producto defectuoso-, sea indemnizado, a través de las correspondientes acciones de responsabilidad contractual o extracontractual, por “los daños morales” sufridos podría continuar siendo considerada como una glosa innecesaria, pues es claro que, al margen de esa alusión a dicha clase de daños, naturalmente que en el Derecho español cabe su indemnizabilidad a través de las mencionadas acciones generales⁵³².

⁵³¹ Art. 128 TR que «las acciones reconocidas en este libro no afectan a *otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales*, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar». En similar criterio se citaba el art. 10.2 L 22 / 1994: «Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general».

⁵³² Los daños morales serán resarcidos según y como determinen las normas del Derecho Privado, Civil o Mercantil, aunque más probablemente del primero —distinto del TRLCU— que sean de pertinente aplicación al supuesto fáctico: las generales de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. Cc) y contractual (arts. 1101 y concordantes Cc).

A) Cuarto Informe de septiembre de 2011 de la Comisión Europea (vigente hasta 2016)

Igualmente en cuanto a la Normativa Europea el tema de los daños morales, siguen la misma línea y en el cuarto informe de septiembre de 2011, la Comisión Europea se limita a recordar que “dicha Directiva tampoco afectará a la reparación de los daños morales según las disposiciones legislativas nacionales”.

Y en el mismo sentido la jurisprudencia comunitaria, el TJCE ha venido recalcando -concretamente en su sentencia de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/99), donde se ocupó de interpretar y clarificar diversas dudas en torno a los tipos de daños previstos en el art. 9 de la Directiva- que en cuanto al *daño moral* su “reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho nacional”, que pueden cubrirlo o no.

Por lo tanto, en el momento actual, y como pronto, hasta el año 2016, en que la Comisión Europea emita su siguiente Informe, la exclusión parece clara. Aunque no podemos dejar sin constancia que la misma exclusión se extiende ahora a los servicios, y que no faltan autores como AZPARREN⁵³³ o MARTÍN CASALS⁵³⁴, que realizando una lectura bien distinta de ambos preceptos,

⁵³³ Cfr. AZPARREN LUCAS, A., “Comentario a los arts. 128 a 149 TR-LGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, C.), Edit. Cóllex, Madrid, 2011.

⁵³⁴ Cfr. MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los “principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Nº 2, 2005.

apuestan por el cambio de orientación del TR y su consiguiente “inclusión del daño moral dentro del ámbito de cobertura de la responsabilidad por productos defectuosos”. La interpretación que hacen sobre la daños morales “se refiere a los que el perjudicado puede reclamar en el marco de esos "otros derechos", es decir, de las normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual aplicables”, los propios autores terminan reconociendo que “constituye una obviedad, pues aunque la Ley no lo hubiera establecido expresamente resulta del propio régimen general del Derecho de Daños español. Aunque es cierto, que optando por la interpretación de estos autores se salva el extender la exclusión de los daños morales al campo de los servicios defectuosos, no cabe sin embargo perder de vista que no es ese en absoluto el único error de signo paralelo cometido por el autor del TR, pues la misma extralimitación en los márgenes de sus funciones se aprecia -como luego veremos- en cuanto a la extensión a los servicios de la exclusión de cobertura de los daños a cosas de uso o consumo no privados -sin que quepa aquí solventar por vía de interpretación benevolente alguna, ni esa errática decisión material, ni el exceso formal en la delegación en que se incurrió para adoptarla-. Tanto en este caso como en el de los daños morales, da más bien la impresión de que los lapsus del refundidor a la hora de efectuar cambios de redacción en los preceptos y nuevas reordenaciones sistemáticas de los mismos han conducido a nefastas consecuencias de fondo de las que no fue consciente⁵³⁵.

⁵³⁵ *Vid.* el artículo de GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)”, *Diario La Ley*, Nº 7859, Sección Doctrina, Año XXXIII, Edit. La Ley, 2012.

5. LÍMITE CUANTITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PERSONALES

Respecto de la muerte y las lesiones el art. 141.b) TR establece, con una redacción muy similar a la del primitivo art. 11 L 22/1994⁵³⁶, el techo pecuniario de la responsabilidad por los denominados daños personales catastróficos o masivos, es decir, aquéllos padecidos por muchísimas personas, al estar afectados por el mismo defecto todos o gran parte de los ejemplares de un determinado producto⁵³⁷. A tenor del vigente precepto, “la responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros”.

El nuevo art. 141 del TR de 2007, no sólo establece el tope indemnizatorio por daños personales del que nos estamos ocupando, sino que también contempla, en su ap. a), el tema distinto de la franquicia en los daños materiales. La cuantía podrá ser modificada por el Gobierno para adaptarla a su eventual revisión periódica por la normativa comunitaria (disp. final 1ª TR)⁵³⁸. La doctrina, como el caso de GÓMEZ POMAR⁵³⁹, considera aconsejable “un incremento

⁵³⁶ Salvedad hecha de la fusión de los términos “fabricante o importador”, con el vocablo único de “productor”.

⁵³⁷ Desde ese punto de vista, estuvo claramente de más que en el asunto resuelto por la SAP Asturias de 13 de mayo de 2011 (Rec. 379/2010) —lesiones sufridas por el conductor de una motocicleta que se cayó de la misma como consecuencia del defecto de su junta tórica— el Tribunal declarase que “la responsabilidad que se exige está comprendida dentro del límite cuantitativo previsto en el artículo 141” [ap. b) del TR de 2007].

⁵³⁸ Ya la disp. final 3ª L. de la Ley 22/1994 facultaba al Gobierno para modificar la cuantía del techo pecuniario de responsabilidad “conforme a las revisiones periódicas que se formulen por el Consejo de la Unión Europea, en los términos establecidos en la normativa comunitaria”; facultad de la que nunca llegó a hacerse uso, pues tampoco a nivel comunitario se ha efectuado de momento la referida revisión monetaria (art. 18.2 Directiva 85/374/CEE).

significativo de la cuantía del límite⁵⁴⁰. En este sentido, y como mínimo, debiera incrementarse hasta 140 millones de euros, de acuerdo con la propuesta del dictamen del Parlamento Europeo de 5 de noviembre de 1998 (DOCE N° C-359, de 23 de noviembre de 1998, pág. 27)”.

Conviene precisar que en la jurisprudencia –tal como subrayó el Auto de la AP Castellón de 29 de marzo de 1999 (rec. 38/1998) — la mencionada limitación sólo afecta al específico régimen legal de responsabilidad *objetiva* por productos defectuosos, de forma que “si los daños rebasan dicho límite, puede reclamarse por el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 y ss. Cc). Por tanto -concluía dicho auto-, en materia de responsabilidad por el producto, “no existe una limitación cuantitativa de carácter absoluto para la indemnización de los daños”, ya que «”podrá obtenerse la reparación no cubierta acudiendo a las normas generales”⁵⁴¹.

6. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TJCE DE 4 DE JUNIO DE 2009

El nuevo art. 129.1 del TR de 2007, dispone que el régimen de responsabilidad civil que regula ese Libro Tercero comprende “los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados

⁵⁴⁰ GÓMEZ POMAR, F., “Ámbito de protección de la responsabilidad de producto”, en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (editores), *Tratado de responsabilidad civil de fabricante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

⁵⁴¹ Con el mismo criterio se encargó también de evidenciar el Auto del TC de 10 de febrero de 2004 (rec. 2843/1998) al afirmar que, aunque “es cierto que existen Leyes como la de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos en las que se establecen topes indemnizatorios máximos, (...) esos topes no son excluyentes y, por lo tanto, si el daño acreditado superase la cuantía de los mismos es posible acudir a otras vías de resarcimiento del daño”.

principalmente por el perjudicado”.⁵⁴² Se mantiene la exigencia de que la cosa o el bien dañado sea de “uso o consumo privado”, tanto objetiva como subjetivamente.⁵⁴³ En el texto refundido siguen quedando fuera del ámbito de protección del régimen de responsabilidad por productos los daños causados en bienes distintos del producto defectuoso si están destinados a un uso profesional, empresarial o comercial, o si, aun siendo de uso mixto o alternativo - ya empresarial, ya personal, doméstico, familiar o privado-, han sido utilizados por el perjudicado preferentemente con tales fines profesionales (por ejemplo, materias primas integradas en un proceso de producción, mercancías destinadas a la venta al público y un largo etcétera)⁵⁴⁴.

Fundándose igualmente en el art. 129.1 TR, también la Rec. 1/2011 -en un litigio relativo a la incidencia de picos de tensión del fluido eléctrico en una maquinaria de una empresa franquiciadora-, afirma que, “no es aquí de aplicación la normativa sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos,

⁵⁴² Lo que exige el art. 129.1 TR que sea de uso o consumo privado es el bien dañado, pero no necesariamente el producto defectuoso, que puede ser tanto un bien de consumo privado como un bien de producción o un bien empresarial. *Cfr.* en este sentido las *SSAAPP*; *A Coruña de 28 de febrero de 2007* (rec. 662/2006); *Barcelona de 27 de abril de 2007* (rec. 455/2006); *Badajoz de 15 de octubre de 2007* (rec. 609/2007); *Pontevedra de 15 de febrero de 2007* (rec. 5036/2006) y *15 de mayo de 2008* (rec. 5256/2006); *Barcelona de 9 de julio de 2009* (rec. 487/2008); *Burgos de 30 de abril de 2010* (rec. 72/2010) y; *Granada de 15 de junio de 2010* (rec. 201/2010).

⁵⁴³ *Vid.* la SAP Navarra de 23 de marzo de 2007 (Rec. 285/2005) que, refiriéndose a la hoy derogada LRCPD, manifestó que esta Ley no tiene por finalidad “la de proteger el tráfico empresarial”, de manera que su art. 10.2 (art. 9 de la Directiva) no incluye en el régimen de responsabilidad previsto los daños en productos empresariales, tanto si se utilizan para tal fin, aunque objetivamente sean bienes de consumo privado, como si siendo objetivamente empresariales se utilizan para el consumo privado”.

⁵⁴⁴ *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos...*, *op. cit.*, 2012.

actualmente recogida en el RD Legislativo 1/2007, pues ese régimen sólo alcanza, en cuanto a los daños materiales, cuando afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado (art. 129), siendo así que en el caso enjuiciado Enguita Analistas, S. L., es una entidad dedicada a la analítica, y la maquinaria afectada estaba destinada a realizar análisis clínicos para terceros”.

La cita de la STJCE de 4 de junio de 2009 [asunto C-285/08]⁵⁴⁵ en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre el particular por la Corte de Casación francesa en relación al art. 9 (en concordancia con el art. 13) de la Directiva 85/374/CEE, es importante ya que declaró en esta sentencia el Tribunal de Luxemburgo que, “puesto que la armonización realizada por la Directiva 85/374 no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directiva no impide que un Estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad similar al que ella instaura”. Sobre esta base, y decantándose así claramente a favor de la *compatibilidad*, para esos daños no cubiertos, de un posible régimen nacional de responsabilidad objetiva con el -de igual carácter objetivo-, previsto en la Directiva 85/374/CEE, concluyó en consecuencia el TJCE que esta Directiva “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la interpretación de un Derecho nacional o a la aplicación de una jurisprudencia interna reiterada según las cuales el perjudicado puede solicitar la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso aportando únicamente la prueba del daño, del defecto del producto y de la relación causal entre dicho defecto y el daño”.

⁵⁴⁵ De esta sentencia del TJCE se hace ya eco en nuestra jurisprudencia menor la SAP Madrid de 19 de octubre de 2010 (Rec. 794/2009).

7. PERSPECTIVA DE FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD: DOCTRINA DEL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 2011 DE LA REVISIÓN O SUPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El texto refundido de 2007 mantiene la franquicia impuesta imperativamente por la Directiva 85/374 [art. 9.1.b)] y que nuestra antigua Ley 22/1994 establecía en su art. 10.1 *in fine*. Concretamente es el art. 141.a) TR el que hoy dispone que “de la cuantía de la indemnización de los daños materiales se deducirá una franquicia de 390,66 euros”. Así pues, no sólo quedan amparadas por la normativa específica de responsabilidad civil por el producto las reclamaciones por daños materiales de poca entidad (en concreto, inferiores a 390,66 euros), sino que además, hay que entender aplicable también la franquicia cuando el valor de los daños rebase dicha cifra, debiendo restarse en todo caso la cantidad de 390,66 euros del total de la indemnización correspondiente a los perjuicios materiales producidos. De este modo, la franquicia continúa configurada en términos absolutos, como una deducción pecuniaria automática en el montante indemnizatorio en que se traduzca la responsabilidad del productor por haber puesto en circulación un producto defectuoso causante de daños materiales. Dicha aplicabilidad contemplará y se hará extensible al mero proveedor, suministrador o vendedor del producto defectuoso, caso de ser responsable⁵⁴⁶.

Continuará habiendo en la doctrina quienes, *de lege ferenda*, se manifiesten firmemente partidarios de eliminarla puesto que, transcurridas más de

⁵⁴⁶ Puesto que los arts. 138.2 y 146 TR precisan que, en los respectivos supuestos que contemplan, el proveedor “será considerado como tal (como productor)” o “responderá, como si fuera el productor”, cabe entender, en línea de principio, que cuando aquél llegue a ser declarado responsable por virtud de alguna de ambas normas, también a él deben aplicarse, en su caso, las previsiones que se establecen en general para el productor del producto defectuoso; y así, por lo tanto, tratándose de daños materiales el proveedor responderá con el límite de la franquicia.

dos décadas desde que la Directiva 85/374/CEE la impusiera con el propósito de “evitar un número excesivo de litigios”, el tiempo ha sido testigo de que no ha habido ese temido boom de reclamaciones contra los productores que en su día se alegó como justificación de la misma. Con todo, el Informe de la Comisión Europea de 31 de enero de 2001 señaló al respecto que “los escasos datos disponibles” en torno a la aplicación de la franquicia en los Estados miembros no permitían llegar a conclusiones definitivas sobre la conveniencia de suprimirla.⁵⁴⁷

Una vez ha visto la luz el cuarto Informe de 8 de septiembre de 2011, pocas novedades -por no decir ninguna-, se han producido respecto de la situación en 2006. Tal como señala la Comisión con base en la nueva información recabada, “en la actualidad, algunas autoridades nacionales han expresado una preferencia por una reducción, o incluso su supresión del límite con el fin de garantizar una protección más eficaz de los consumidores”⁵⁴⁸. Por lo que respecta a las partes interesadas, los representantes de la industria consideran que es preciso, por lo menos, mantener el límite en el nivel actual para tener en cuenta la compensación por responsabilidad estricta únicamente a partir de cierto nivel de daño y no congestionar las solicitudes relativas a daños materiales de poca importancia, especialmente con pequeñas y medianas empresas, consideran que sería mejor aumentar esa franquicia para adaptarla a la inflación. Mientras que por lo que respecta a los representantes de los consumidores reclaman en cambio una supresión de la franquicia para que se puedan indemnizar todos los daños materiales sufridos.

⁵⁴⁷ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos...*, op.cit., 2012.

⁵⁴⁸ Más concretamente, las autoridades rumanas sugieren que se establezca una franquicia de entre 200 y 500 euros y que los Estados miembros puedan fijar el importe más adaptado a los precios practicados en sus respectivos territorios.

Así las cosas, el hecho de que los daños materiales inferiores a la cantidad fijada como franquicia no sean resarcibles al amparo del régimen de responsabilidad por productos (y que ese importe no esté cubierto en aquellos daños que lo superen) no significa que la víctima deba resignarse a quedar insatisfecha respecto de los mismos, pues siempre le quedará la posibilidad de obtener la indemnización por tal concepto mediante el ejercicio de las acciones previstas en otras normas y, señaladamente, a través de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual de los arts. 1902 y concordantes del Cc.

8. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

Primeramente con la entrada en La reforma del Código Penal contenida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, publicada en el B.O.E. del día 23 de junio, que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010, incluía, entre sus novedades más destacables, precisamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recordemos que las franquicias como modelos de negocio, pueden adoptar cualquier sistema jurídico societario –tanto empresario individual como social-, luego están afectadas (y bajo ningún criterio quedarán apartadas de dicha ley) por el régimen legal de responsabilidad penal como persona jurídica, donde las penas que se les podían imponer, consistirán en la imposición de graves multas, e incluso en la disolución de la persona jurídica o en la suspensión de la actividad empresarial, así como en la clausura de oficinas, locales y establecimientos. Los delitos en los que puede incurrir una persona jurídica, tipificados en el nuevo Código Penal, son los siguientes: trata de seres humanos; prostitución y corrupción de menores; descubrimiento y revelación de secretos – por ejemplo en nuestro contrato, la transmisión del know-how por parte del franquiciado-; estafa –igualmente a modo de ejemplo podría ser la actitud del franquiciador –Sociedad Limitada-, que entregó documentación falseada al potencial franquiciado, afectando a éste a una situación no deseada-, incluidas las

procesales; insolvencias punibles; daños; recepción y blanqueo de capitales; contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; sobre la ordenación del territorio; contra los recursos naturales y del medio ambiente; relativos a las radiaciones ionizantes; de riesgo por explosivos y otros agentes; cultivo elaboración o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje; cohecho; tráfico de influencias; corrupción en transacciones comerciales internacionales; organizaciones y grupos criminales; terrorismo. Como observamos en la presente reforma, la franquicia puede adquirir un relevante protagonismo y verse inmiscuida en tal responsabilidad penal como objeto de negocio jurídico en varios de sus preceptos.

Una nueva reforma del Código Penal, el Proyecto de Ley Orgánica 121/65 aprobado en Consejo de Ministros el pasado día 4 de octubre de 2013, que plantea una reforma de importante calado en lo que respecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus administradores, que pueden ser resumidas en tres: primero, se introduce la posibilidad de que la existencia de un modelo de prevención de delitos pueda tener efecto eximente; en segundo lugar, se especifica el contenido mínimo del modelo de prevención de delitos y en tercer lugar; la inexistencia de un modelo de prevención de delitos será delictiva, respondiendo penalmente por ello los administradores. Se persigue que la empresa se comporte como un “buen ciudadano corporativo”.

Se van a establecer dos supuestos muy diferentes que darán lugar a la responsabilidad penal de la franquicia, el primero de ellos (art. 31bis a) del CP que será el de los cometidos en nombre o por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y una segunda vía de imputación, (art. 31 bis b) del CP que se caracteriza por derivar responsabilidad penal de la empresa –franquiciadora o franquiciada-, en los casos en que se cometan delitos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la empresa por quienes estando

sometidos a los representantes y autorizados mencionados anteriormente, han podido cometer el delito al haberse incumplido por los primeros los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Se establecerá un nuevo régimen de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre y cuando se cumplan; que el órgano de administración de la sociedad haya “adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito”, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del plan de prevención esté encomendado a un órgano de la persona jurídica –comité o encargado de cumplimiento- con poderes autónomos de iniciativa y control; que los autores del delito hayan eludido fraudulentamente –se entiende que de forma dolosa- los modelos de organización y de prevención y; que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control del comité o encargado de cumplimiento.

9. RESPONSABILIDAD ANTE LAS AMINISTRACIONES PÚBLICAS

Ahondando más en el estudio de la responsabilidad de los contratos de franquicia, nos parece interesante reflejar posibles situaciones que se den en cuanto a sanciones que pueda recibir el franquiciado por incumplimiento de normas de policía, administrativas, de consumo, etc., para determinar si en algún grado o medida éstas puedan ser repercutidas por la Administración a la central franquiciadora.

A priori, no se prevé una desviación de responsabilidad del franquiciado a su central franquiciadora como inductora de comportamientos que supongan infracción de normas tributarias o que afecten a los consumidores y usuarios.

Si partimos del principio fundamental de que ambas empresas – independientes-, no tienen vinculación laboral alguna y que son empresas

independientes jurídicas y financieramente, cada una tendrá que velar por sí misma de estar al día en sus obligaciones tributarias y para con la Seguridad Social, cumpliendo la normativa de publicidad, precios, etc., que marque el Estado y las comunidades autónomas.

Existe un tema peculiar y concreto relativo al cumplimiento de los horarios de los establecimientos mercantiles, que cada uno deberá de estar sometido al cumplimiento de los horarios que la normativa estatal, pero sobre todo la autonómica, fije para cada establecimiento, no pudiendo ampararse para justificar su incumplimiento en que la central franquiciadora establece otro tipo de horarios, por lo tanto el establecimiento de una orden *contra legem* provenga de quien provenga.

Pero por el contrario, podría existir el incumplimiento por parte del franquiciador –sin que en ningún caso pueda repercutir ninguna responsabilidad al franquiciado-, de la normativa que le afecte, por ejemplo en lo relativo a la principal obligación que debe cumplir de manera inexcusable únicamente el franquiciador de inscribirse como tal en el Registro de Franquiciadores antes del inicio de la actividad –cuyo incumplimiento ya vimos, que podía conllevar sanción de hasta 30.000 euros-, y cuya irresponsabilidad de no cumplir lo previsto legalmente – pudiendo incluso llegar a prohibir ejercer la actividad-, si llegará a ser firme, conllevaría inexorablemente a responder las consecuencias y responsabilidades para con sus franquiciados, que verían –incluso- poner en peligro su actividad empresarial como consecuencia de la negligencia del franquiciador⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Vid. BURGOS PAVÓN, G y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M^a.S., *La franquicia ... op.cit.*, 2014, pág.252.

10. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA EN LA FRANQUICIA

Son sociedades de responsabilidad social corporativa: “aquellas sociedades que hacen negocios basados en principios éticos y apegados a la ley.”⁵⁵⁰.

Indudablemente las franquicias tienen un rol ante la sociedad, ante el entorno en el que operan. La responsabilidad social corporativa es sin duda positivo para las mismas, ya que les permite ampliar el valor añadido de la marca, la integración en su sociedad con iniciativas de proyectos de grandes y medianas empresas que promueven el respeto al medio ambiente, el apoyo social y la ayuda sanitaria de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Por ello las franquicias de hoy en día, viven de su imagen y de lo que proyectan hacia el consumidor, y el ser franquicias o empresas “socialmente responsable” hace que hoy en día obtengan una variedad de beneficios, tanto en sus operaciones internas como en la admiración externa por parte del entorno. Este tipo de reconocimientos resultan un gran honor ya que la empresa con dicho título tiene como compromiso con y hacia la sociedad, la dirección, planeación y realización de múltiples actividades en beneficio de la misma. Ya que las actividades que realizan de alguna manera u otra afectan al entorno donde se desarrolla dicha empresa.

⁵⁵⁰ *Vid.* STONER, FREEMAN Y GILBERT, JR., *Administración*, Edit. Prentice Hall, 6ª ed., México, 2005; RONDÁN, F. J. DÍEZ DE CASTRO, E. C. y NAVARRO, A., “La responsabilidad social corporativa: análisis mundial del Asociacionismo en el sistema de franquicia. Los límites de la responsabilidad social de la empresa”, *AEDEM*, 2006, págs. 183-198; RONDÁN, F. J. NAVARRO, A. y DÍEZ DE CASTRO, E.C., “Grupos estratégicos en el sistema de franquicia: el caso de España y Portugal. Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel social de la empresa”, *AEDEM*, Vigo, 2006, págs.460-470.

Las características esenciales para que las franquicias sean socialmente responsables han de contar con factores tales como, la calidad de vida en la empresa, la vinculación con la comunidad, el cuidado y preservación del medio ambiente, y sobre todo, la ética empresarial. Las franquicias deben ser conscientes de su carácter ciudadano y asumir esa responsabilidad de una manera activa, lo que implica que la organización debe tener definidos sus valores de operación, una visión de negocio con perspectiva social, debe estar atenta a las expectativas de todos sus grupos de relación y debe buscar integrar la responsabilidad social en su estrategia de negocios”. Es por ello que las franquicias que desea asumir una posición de ayuda a los problemas que está afectando a las personas que se desarrollan es el medio donde se encuentra⁵⁵¹. La responsabilidad social contribuye a impulsar el crecimiento del país y un desarrollo justo y sostenible en el tiempo que conlleve a un crecimiento económico y mejoras en la calidad de vida, siendo las empresas, los medios necesarios para dicho crecimiento al igual que el cambio en sus modelos de negocios.

Las franquicias que adopten esta responsabilidad la utilizan como una manera de agradecer a la sociedad el beneficio que les reporta y que les permite mantenerse en el competitivo mercado. Pero como señalamos, es también una forma de mejorar su marca, de ampliar su valor añadido. Sea como sea, el fin es positivo: integración, respeto al medioambiente, apoyo social o ayuda sanitaria forman parte de los proyectos “responsables” de algunos de los gigantes del mundo empresarial.⁵⁵²

⁵⁵¹ Dichos problemas pueden ser de contaminación ambiental, de violencia, desorden social, pérdida de principios y valores o de deslegitimación del orden establecido entre otros muchos.

⁵⁵² En los últimos años han surgido varias iniciativas mundiales que han favorecido la incorporación de la RSC dentro de la estrategia empresarial. Una de ellas fue Global Compact, un programa que diseñó Naciones Unidas basado en nueve principios que se encuentran

La Responsabilidad social corporativa (RSC) ya no es un término ajeno a ninguna empresa, y por ende, a ninguna franquicia, son contribuciones que hacen las mismas –de manera absolutamente voluntaria-, destinadas a la mejora social, económica y ambiental.⁵⁵³ Ahora ya no se trata sólo de donar cantidades en metálico para demostrar compromiso con el entorno, sino que las nuevas propuestas deben tener una buena dosis de originalidad para mejorar también la posición de la marca.

SECCIÓN XXI- LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SU EXTINCIÓN ⁵⁵⁴

1. TRANSCURSO DEL TIEMPO

Indudablemente la vigencia de los contratos será –finalmente-, temporal, ya que cuando las partes hubieran establecido su fin, tendrán el derecho a decidir si se continua –cláusula de renovación⁵⁵⁵-, o por el contrario quedar extinguida

recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El grupo español, Inditex, se convirtió en la primera empresa española que se suscribió a este programa y, desde entonces, no ha parado.

⁵⁵³ Y les ayudará enormemente a mejorar su situación competitiva con el mercado.

⁵⁵⁴ Ésta será una exposición de las causas de terminación del contrato, que culminamos más adelante en el último Capítulo de la tesis, "Perspectivas de futuro", cuyo lugar hemos creído más conveniente finalizarla al ser Derecho "proyectado" y no vigente. Así en dicho Capítulo, con la redacción que de las causas de terminación y extinción del contrato de franquicia hace nuestro Derecho proyectado, coadyuvada con las modestas reflexiones que sobre ella nosotros realizamos allí, concluiremos las causas de finalización y extinción de este contrato. Para mejor comprensión del lector señalar que la hemos ubicado en el Capítulo VII, en particular en la última Sección –que igualmente constituye la última de nuestra investigación-, la XXVII, "Los contratos de distribución y el Derecho proyectado. Hacia un nuevo Código mercantil", y más concretamente en su primer punto, "La propuesta del nuevo Código mercantil", en el epígrafe "c", relativo a la "Finalización del contrato", págs.670 y ss.

⁵⁵⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La Franquicia*, Edit. Trivium Colección 1ª ed, Madrid, 1991.

definitivamente la relación contractual, en cuyo caso será necesario un preaviso obligatorio para el franquiciador, además de un derecho de prórroga para el franquiciado a los efectos de evitarle los perjuicios que habría de suponer la falta de amortización de las inversiones realizadas⁵⁵⁶.

2. VIGENCIA DEL CONTRATO

En la relación de la franquicia como vemos, ésta puede llegar o ser llevada a su fin como consecuencia de la vigencia del contrato, provocada por su franquiciador de acuerdo con las cláusulas pactadas⁵⁵⁷.

Resaltamos una Sentencia de Sídney (Australia) para incitar en la medida de lo posible a que en los contratos existe un término claro y evidente, que no quepa a interpretación para evitar conflictos difíciles de resolver, y al arbitrio de terceras personas. El caso acontece mediante la presentación por parte de la demandante -franquiciado- a la parte actora demandaba -a su franquiciador-, al presumir que éste, no actuaba de “buena fe”. El acuerdo contractual que habían firmado las partes unos años atrás, estaba basado en un contrato de “largo plazo”, garantizando la prórroga del contrato –en años precedentes-, para poder vender las franquicias a otros potenciales franquiciados australianos en este caso. Pero

⁵⁵⁶ Así, de las observaciones de GALLEGO SÁNCHEZ, (en “La Franquicia”, (op. cit.)); parece que el fundamento de tales exigencias se sitúa en la “función social del Derecho, entendida en estos casos respecto a la salvaguarda de los intereses elementales la empresa intermediaria, [...], una orientación acogida por cierto sector jurisprudencial (francés), estableciendo que, en tanto el convenio exige al distribuidor importantes inversiones, [...], la necesidad de su amortización requiere una cierta estabilidad de las relaciones contractuales entre las dos partes, y apreciando, por ello, la existencia de abuso cuando la duración del convenio no ha permitido al franquiciado resarcirse de aquéllos”.

se decidió –por parte del franquiciador principal-, no renovar el contrato –en este caso correspondiente a un master franquicia, que tenía casi concluidos 50 nuevos contratos con futuros subfranquiados (ya se habían desarrollado los tratos preliminares, en la mayoría la experiencia en las oficinas piloto habían concluido, igualmente, etc.). El franquiciador alegaba su pleno derecho para concluir el contrato ya que no estaba fijado un plazo concreto en el contrato de franquicia. Finalmente se le dio la razón como pretendía y pudo terminar el contrato como pretendía, exonerado de ningún tipo de indemnización por daños y perjuicios al franquiciado (en concreto, nos referimos al Caso The Federal Court of Sidney, March 26, 2012, Competitive Foods v. Yum). Indudablemente casos como el que hemos presentado son muy a menudo en Australia, el problema es claro. En dicho país la obligación de actuar con “buena fe” no está regulado en su legislación –aún, recordemos que el 1 de enero de 2015 entrará en vigor un Nuevo Código de Conducta de la franquicia, donde se empieza a exigir la misma-, problema que había sido debatido durante muchos años. Por lo que debemos recapitular y dejar claramente estipulado en los acuerdos que realicemos la duración del contrato, es verdad que existen países –como ya hemos señalado donde el periodo mínimo existe-, pero en el caso español, al carecer de dichos requisitos mínimos de durabilidad, debemos plasmar un plazo que evite controversias de este tipo.

En el caso de que esta vez sí exista una rescisión lícita de acuerdo con lo pactado, el franquiciador esperará que la lista completa de consecuencias listadas y de obligado cumplimiento tenga efecto, y en el caso que no esté satisfecho, intentar negociar soluciones o alternativas. En que en estos casos, vemos difícil persuadir al franquiciador para que acepte cualquier “debilitación” de lo que se consideran obligaciones fundamentales. Lo que está claro es que la rescisión incluirá inevitablemente en algunas ocasiones, la quiebra, insolvencia o

liquidación, o incluso puede ser rescindida por el franquiciado por dichas cláusulas.

Es difícil encontrar en los contratos de franquicias, disposiciones otorgando al franquiciado un derecho a rescindir contractualmente el contrato o acuerdo firmado, pero hemos de negociar para que este exista por todos los medios, sobre todo para evitar resolución de conflictos por sus distintas vías –que tanto problemas acarreará, tanto el franquiciador como al franquiciado-.

3. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM*

Otra de las causas de terminación de los contratos es el desistimiento unilateral –admitido éste como causa determinante de la extinción anticipada del contrato-, la regulación jurídica no establece ningún límite a la voluntad de la partes⁵⁵⁸, de manera que éstas, en principio, podrían establecer “los pactos,

⁵⁵⁸ En este sentido el Art. 48 Ley 17/2001, de Marcas expone: “1. Tanto la solicitud como la marca podrán ser objeto de licencias sobre la totalidad o una parte de los productos y servicios para los cuales esté registrada y para todo o parte del territorio español. Las licencias podrán ser exclusivas o no exclusivas. 2. Los derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciatario que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro, a la naturaleza de los productos o servicios, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario. 3. El titular de una licencia no podrá cederla a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario. 4. Salvo pacto en contrario, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada 5. Se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder otras licencias y utilizar por sí mismo la marca. 6. Cuando la licencia sea exclusiva el licenciante sólo podrá utilizar la marca si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho”. Art. 74.1º y 2º de la Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, “tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y pueden ser objeto de licencias y de usufructo. También pueden ser dadas en garantía mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria que se registrará por sus

cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, ex art. 1255 Cc. Con todo, en la medida en que en este contrato la idea de estabilidad en su tracto sea consustancial a su existencia, podría considerarse más coherente con lo afirmado el reconocimiento de un desistimiento unilateral causal pactado, “en base a cual cualquiera de las partes contratantes, en presencia de un acontecimiento o circunstancias previstas y empíricamente demostrables – encarecimiento de los costos por encima de un límite determinado, [...] -, podría apartarse de la relación jurídica – normalmente duradera o pendiente de ejecución – que la vincula a la otra, avisando con tiempo suficiente”. En este supuesto –y si el contrato fuese indefinido-, el contrato tocaría a su fin⁵⁵⁹.

4. POR MUERTE (DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO) DE ALGÚN CONTRATANTE

La muerte –y declaración de fallecimiento, para una de las partes-, sería otra de las causas de terminación de los contratos de franquicia, para lo cual tendríamos que tener en cuenta el art. 1257 cuando dispone;

Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuando éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviera alguna estipulación a favor de

disposiciones específicas y cuya constitución se notificará al Registro de la Propiedad Industrial. Los actos a que se refiere el apartado anterior, cuando se realicen entre vivos, deberán constar por escrito para que sean válidos”.

⁵⁵⁹ Y así ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la *STS de 22 de marzo de 1988*.

*un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.*⁵⁶⁰ .

Quizás este precepto sería de complicada valoración en este tipo de contratos basados en la confianza de la partes, ya que la transmisión de la posición contractual no creemos que sería posible “por su propia naturaleza”⁵⁶¹, pero tampoco puede desconocerse ni la relevancia del interés económico subyacente en la opción favorable a la continuidad de la relación, ni el hecho de que, en la actualidad, al presentarse la mayoría de los franquiciadores sociedades mercantiles, su “desaparición” no supone, en realidad, una extinción del sujeto, sino un supuesto de sucesión de empresas.

5. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Para el caso de incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por alguna de las partes, la otra podría ejercer su derecho de resolver el contrato, como pueden ser la falta de ejercicio de la actividad por parte del franquiciado, la cesión indebida de la licencia, la falta de puesta a disposición del paquete de franquicia por el franquiciador, el impago del precio, o el cometer algún delito grave, entre otras muchas. En referencia a esta causa última –cometer alguna de las partes algún delito grave-, destacamos la Sentencia del OLG Frankfurt⁵⁶², de 13 de noviembre de 2009, caso que trataba de solventar el presunto delito grave cometido por un franquiciado que había colocado, en el establecimiento, unas huchas para recoger donaciones destinadas, aparentemente, a una fundación que

⁵⁶⁰ Cfr. Art. 659 y 1112 de éste Código; el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 (BOE de 7 de julio; y los arts. 176, párrafo 2º y 178, párrafo 3º).

⁵⁶¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La Franquicia...*, *op.cit.* señala como para algún sector de la doctrina dicha confianza es uno de los fundamentos del consentimiento de las partes.

⁵⁶² El “Oberlandesgericht” (Tribunal Regional Superior de Frankfurt).

se ocupaba de niños con enfermedades muy graves. El franquiciador tuvo informaciones que indicaban que el franquiciado podía estar quedándose con el dinero en lugar de entregarlo a la fundación, y, apoyándose en una cláusula del contrato, se produciría la terminación del contrato de franquicia. La cláusula del contrato decía –literalmente–, que se podía terminar anticipadamente el contrato, sin preaviso, si; “a justified suspicion existed that the franchisee... had committed or participated in a serious crime, in particular a property or tax offence with major consequences”.⁵⁶³

En el Derecho laboral alemán, las sospechas “justificadas” de la comisión de un delito por un trabajador es causa de despido procedente. El OLG Frankfurt dice que la cláusula es válida/no abusiva cuando se incluye en un contrato de franquicia tras analizarla a la luz de las normas sobre condiciones generales de la contratación. Lo más destacable en esta curiosa sentencia es que además el Tribunal de 1ª instancia había considerado “injustificada” la terminación del contrato por el franquiciador.⁵⁶⁴

6. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

En definitiva a pesar de que, en la gran mayoría de las ocasiones el comportamiento desencadenante de la facultad resolutoria tendrá cabida en lo referido al art. 1124 del Cc., es usual que los contratos contemplen un listado de causas de incumplimiento con la finalidad de clarificar conductas e incluir algún

⁵⁶³ Esto es, si existía sospecha que se había cometido un delito grave con consecuencias importantes.

⁵⁶⁴ En España tal cosa no sería posible porque el control del contenido de las condiciones generales no se aplica a las incluidas en un contrato entre dos empresarios como es la franquicia.

otro supuesto no subsumible en el citado precepto, facilitando en definitiva la aplicación del contrato.

Sería largo el repertorio de potenciales incumplimientos –incluso creemos que en ocasiones ilimitado-, que pudieran encontrarse en un contrato de franquicia al uso, pero lo que si está claro que afectarían principalmente sobre sus tres elementos fundamentales: en relación con la marca⁵⁶⁵, en relación con el objeto de la actividad y terceros competidores⁵⁶⁶ y, en relación con el know-how.⁵⁶⁷

7. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR DECLARACIÓN DE CONCURSO.

Evidentemente los sistemas de franquicia no son para nada ajenos a la coyuntura económica que vivimos y que ha obligado a cerrar establecimientos franquiciados e incluso centrales de franquiciadoras en los últimos años.

El Derecho concursal está íntimamente relacionado con el Derecho de obligaciones; se trata de una institución cuya influencia o principales efectos se van a desplegar en el ámbito obligacional. Como elemento principal de este sector

⁵⁶⁵ A modo de ejemplo podemos citar: La cesión no autorizada o utilización inadecuada de las marcas y signos distintivos del Sistema, la pérdida o revocación inicial o sobrevenida de la marca, las conductas ilícitas que por su gravedad pudieran poner en peligro la imagen o el prestigio de la marca (*Cfr.* la citada, Sentencia del OLG Frankfurt 565, de 13 de noviembre de 2009) o el incumplimiento de la adaptación de la imagen corporativa propuesta por el franquiciador entre otras.

⁵⁶⁶ Por citar algunas causas a este respecto estarían: la competencia desleal de la empresa franquiciadora, el cese o abandono de negocio sin causa justificada, o el incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad que resulte aplicable en cada momento de violación de la cláusula de exclusividad de servicios o productos entre otras muchas.

⁵⁶⁷ Destacando entre otras: la violación de la cláusula de confidencialidad, la ausencia de formación y acciones de soporte y apoyo continuado, la inexistencia de un Know-how previamente comprobado y de valor real o el impedir al Franquiciador las labores de control y supervisión estipuladas en este contrato.

del Derecho, se encuentra la obligación, concepto integrado a su vez por dos elementos que lo integran, a saber: la *deuda*, que es la obligación en sí, el deber de realizar una prestación; y la *responsabilidad*, que vendrá dada por la sujeción al poder coactivo del acreedor. Un sistema concursal en una franquicia, atenderá principalmente a la necesidad de iniciar la ejecución universal respecto de los bienes del deudor –independientemente que sea, franquiciador o franquiciado-, cuando se ha dado el temido colapso patrimonial como consecuencia de las ejecuciones singulares, quedando el deudor –como señala ALCOVER- , “expulsado del mercado en el que no ha sabido competir, reasignándose así los factores de producción”⁵⁶⁸.

El concurso queda regulado en la Ley 22/2003, de 9 de julio,⁵⁶⁹ y en él debemos distinguir para lo que respecta al modelo de negocio estudiado -la

⁵⁶⁸ Como cita textualmente, ALCOVER GARAU, G., “La Ley 22/2003 Concursal, de 8 de julio”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág.44.

⁵⁶⁹ La regulación de las insolvencias es un tema de la mayor importancia en el tratamiento de la seguridad jurídica económica. Ello explica que incluso la Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo de la regulación del comercio internacional (UNCITRAL), ya en 1994 promulgará un texto no arbitrario respecto tanto del ajuste transfronterizo de competencias como de los otros aspectos capitales del tema, tales como el deslinde entre la culpabilidad y el carácter fortuito de las mismas, la justicia especializada, las soluciones de viabilidad por mayorías y el papel de los gestores externos, profesionales. La idea era abrir el modelo tradicional profundizando en las vías pre, para y extraconcursoales, fomentando acuerdos previos a la declaración de insolvencia pero con similitudes al procedimiento de convenio de las mismas, es decir, encuadrados dentro de las reglas de mayorías de las distintas clases de acreedores según su garantía y estatus, con garantía o sin ella, ya sean entidades financieras, crédito público o trabajadores. El legislador y el propio ejecutivo español han demostrado un gran ímpetu regulador, han sido más de veinte las modificaciones que se han producido tras la Ley 22/2003, y todas van encaminadas y tienen su finalidad en la necesidad de satisfacer a todos los acreedores continuando con la actividad económica o la conservación de la empresa –en nuestro caso franquicia-.

franquicia-, el siguiente procedimiento, independientemente que el peticionario del mismo sea el franquiciador o franquiciado-; en primer lugar el deudor –cualquiera de ambos-, deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Dicho deber no será exigible para aquel franquiciador o franquiciado que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses desde dicha comunicación, el franquiciador o franquiciado deudor, independientemente que haya alcanzado o no las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. En el escrito de solicitud del concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente –de ahí que el concurso sea voluntario o necesario-⁵⁷⁰ No es importante ahora la distinción entre la forma jurídica adoptada por el declarado en concurso, persona física o jurídica; empresario en nuestro caso.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ Cfr. VAISER, L., Efectos de la quiebra sobre el contrato de franchising, en Derecho Económico, Nº 21, 1992.

⁵⁷¹ Vid. MORILLAS JARILLO, M.J., El concurso de acreedores de las sociedades, Iustel, Madrid 2004 y “El nuevo Derecho concursal español: líneas generales de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 y efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica”, en VV.AA. *Temas actuales de Derecho Comercial*, Editora Normas Legales, Trujillo (Perú), 2004, págs. 43-84, para el concurso de un franquiciado o franquiciador persona jurídica y, “Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid-Barcelona 2005, II, págs. 219-2172: Vid., igualmente, BOQUERA MATARREDONA, J., “El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único”, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), 2005, págs. 1805-1832; Igualmente, ILLESCAS ORTIZ, R., “La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes”, *ibidem*, págs. 1989-2004.

Debemos pues distinguir que los efectos serán desiguales según sea quien solicite el concurso, ya sea por parte del franquiciador o franquiciado⁵⁷². Con el concurso de acreedores solicitado por parte del franquiciador; ya sean por fallos en el plan negocial, mala selección de los franquiciados, cambios en el mercado, etc., en principio el contrato deberá de proseguir, y por supuesto continuar vigente, salvo que la administración concursal decida concluirlo.⁵⁷³ En este punto estamos

⁵⁷² El caso más reciente, de petición de concurso de acreedores por parte de franquiciados, se ha producido en la red de franquicias andaluza de “Merkamueble”, que en la actualidad (septiembre 2014) cuenta con cerca de 75 tiendas independientes, las cuales no han quedado afectas, por el proceso de liquidación a que han sido sometidas las tiendas de Sevilla, el Puerto de Santa María y Málaga, y la causa es bien sencilla, las franquicias son sociedades independientes que desarrollan su actividad bajo la misma marca -en este caso en particular “merkamueble”-, pero bajo su respectiva zona de exclusiva. Incluso la disolución por parte de alguna franquicia no es óbice para que repercuta en las demás, y en este caso que comentamos ocurre que se prevé que en la temporada (2015), y con el proceso de expansión que la propia franquicia andaluza tiene previsto, se abrirán quince nuevas franquicias en Cataluña, bajo el mismo régimen de franquiciadas al igual que todas las demás. Dato que pone una vez más de manifiesto que declarado el concurso por parte de alguno de los franquiciados, no tiene porque afectar para el normal desarrollo de las demás franquicias, y consecuencia y solución que de alguna manera dará mas garantía y sobre todo, tranquilidad, al empresario independiente que en situaciones como la que nos está tocando vivir, decide emprender y constituir su modelo de negocio, bajo el amparo de este modelo o sistema de franquicia.

⁵⁷³ Debemos de recordar que el art. 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal (LC), (Ley, que aunque indudablemente ahora no sea el lugar de profundizar sobre la misma, si debemos constar el desarrollo legislativo y las innumerables reformas que ha tenido hasta nuestro días, siendo la más reciente la desarrollada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal en materia de refinanciación y restructuración de deuda empresarial), dicho artículo establece que se tendrán por no puestas aquellas cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso por cualquiera de las partes intervinientes. Aunque la excepción a dicha regla se recoge igualmente en el art.63 de la LC que dispone que; “tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de algunas de las partes”.

de acuerdo con la crítica que hace MORILLAS JARILLO⁵⁷⁴ al hecho de que no exista en la Ley Concursal previsión alguna sobre la existencia de reglas de conducta específicas para el desarrollo de actividades empresariales por parte de empresarios en situación concursal. Ciertamente que sería de gran interés, e importancia práctica y económica, delimitar las competencias de administrador y deudor concursal y de los acreedores, estableciendo medidas “para impedir que los distintos intervinientes abusen de sus poderes, perturben o ejerzan una presión indebida en el desarrollo del concurso”. Al interés del concurso, en este caso, habría que añadir el interés de la empresa, acreedora o no (con la consecuencia jurídica de tal condición) vinculada con la concursada, que no es ajena ni indiferente a un modo u otro de administración.

Pero si en él se abre la fase de liquidación, inexorablemente la franquicia se extinguirá, a no ser que el adjudicatario de la marca decida continuar, tras la reunión con los franquiciados, los cuales tras personarse al proceso de concurso en forma organizada, podrán ofrecer soluciones de continuación del negocio, incluso posibilidad para hacerse cargo del mismo. Es importante recordar que el franquiciado y el franquiciador son independientes jurídica y económicamente, por lo que el concurso de uno no acarrea necesariamente la del otro.

Las consecuencias inmediatas para los franquiciados en este caso – declaración de concurso por parte del franquiciador-, evidentemente provocan una situación –aparte de nada deseada-, complicada, ya que podría haber existido en la relación contractual de ambas partes, la entrega de una suma de dinero en concepto de aval o deposito –práctica que se realiza hoy en día con mucha

⁵⁷⁴ MORILLAS JARILLO, M.J., “Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, págs. 2129-2172.

asiduidad-. Y las consecuencias se pueden complicar más, si los propios administradores concursales hubiesen decidido ejecutar dicho aval o depósito. Creemos que indudablemente el franquiciador deberá de pedir como medida cautelar, la ejecución de dicho aval hasta que se aclare que tiene derecho a que tanto el depósito como la liberación del aval sean créditos contra la masa. Pero no en todos los casos los jueces –de lo mercantil-, aceptan dicha petición⁵⁷⁵.

En el otro caso en la franquicia, cuando quien realiza la petición del concurso sea el franquiciado, la situación revierte, y es el franquiciador el que deberá personarse en del proceso como acreedor. Y el abrir o no, igualmente, el proceso de liquidación, hará que la relación contractual quede terminada y consecuentemente extinguida o no con el mismo. Pero de nuevo debe indicarse que la declaración del concurso por sí misma no provoca el efecto de resolver el contrato de franquicia.

Es evidente, y por desgracia una obviedad en los tiempos que vivimos, la gran cantidad de casos que se están produciendo en nuestras empresas de solicitud o necesidad de esta institución concursal, sin importar su tamaño ni su condición, ni para encontrarse en esta situación, ni para que le sea de aplicación la norma concursal. Señala en este aspecto MORILLAS JARILLO⁵⁷⁶: “Todos los sujetos, todas las sociedades (...) pueden quedar sometidas al procedimiento concursal, sin que los empresarios de pequeñas dimensiones o quienes tengan la condición de consumidor o usuario se liberen de tal circunstancia de aplicación de la nueva ley”. Pero podemos afirmar que la franquicia está resistiendo dignamente esta situación momentánea de crisis, ya que los modelos de negocio se están

⁵⁷⁵ En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de febrero de 2009 denegó dicha medida cautelar al considerar que no concurría el *fumus boni iuris* –esas condiciones o presupuesto requeridos para la obtención y el amparo de una medida cautelar-.

⁵⁷⁶ MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso...op. cit.*, pág. 51.

reinventando cada vez más, internacionalizando, y sobre todo aplicándose a casi todos los ámbitos empresariales –amen de adaptarse a las nuevas tendencias y necesidades de un mercado, cada vez más exigente, más cambiante y más evolucionado⁵⁷⁷. Las ventajas de este modelo de negocio propias de un sistema como vemos que protege a emprendedores que deciden implantar una empresa, amparados bajo una marca y un know-how ya adquirido, consolidado, probado, son quizás las causas que contribuyan a crear resistencia frente a la devastadora coyuntura económica y frente al reiterado uso que están realizando otro tipo de empresas de esta instituciones jurídicas mercantil –concurso de acreedores-.⁵⁷⁸.

No podemos silenciar el hecho de que la declaración del concurso de un empresario (empresario de franquicia) va a traer algún tipo de consecuencia en el otro empresario con el que tiene vinculación económica. No se trata del supuesto de grupos de sociedades sino de otros supuestos en los que se puede constatar la existencia de alteridad patrimonial (los empresarios son independientes) pero un cierto debilitamiento en la alteridad empresarial, pues se trata de empresas, como ha señalado RUIZ PERIS, cuya eficacia y competitividad depende de la eficiencia y competitividad de otra sin estar sometidas a una dirección unitaria⁵⁷⁹. Entre ellos está el contrato de franquicia. No puede negarse que los efectos de la declaración en concurso de una de las partes va a afectar necesariamente a la otra y a veces muy negativamente. No es nuestra intención considerar esta situación, pues solo

⁵⁷⁷ Obsérvese el estudio que realizamos en la presente tesis sobre las perspectivas de futuro del presente modelo de negocio empresarial y las consecuencias jurídicas que se desprenden del mismo.

⁵⁷⁸ Cfr. “Estadística concursal. Anuario 2013. El concurso de acreedores en cifras”, Registradores de España, www.registradores.org

⁵⁷⁹ Vid. RUIZ PERIS, J.I., “Concurso y empresas económicamente vinculadas”, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Barcelona-Madrid 2005, Marcial Pons, págs. 2289-2312,

nos referimos a la eventual resolución del contrato en caso de concurso de alguna de las partes lo que, como hemos visto, no tiene porqué darse, pero sí debemos hacer, aunque sea mínimamente, un comentario sobre esa grave situación en que puede quedar el empresario que tiene un contrato de colaboración que le vincula a otro (en nuestro caso, un contrato de franquicia), manteniendo una relación comercial con beneficios recíprocos, y que se ve abocado a mantenerla –siempre que sea mejor que extinguirla- con quien contrató, sometido a un procedimiento de ejecución universal de sus bienes que le ha podido llevar a la suspensión de sus facultades de administrar o incluso a la atribución a un tercero (con el que se mantendría ahora la relación) de la titularidad de la empresa.. La Ley Concursal no ofrece una tutela suficiente y adecuada a los titulares de estas empresas vinculadas, entre otras razones porque, normalmente, no ostentan la condición de acreedor de la concursada. Se han hecho algunas propuestas para intentar solventar los problemas y las consecuencias que acarrearía la declaración de concurso. Entre ellas, la posibilidad de que pudieran personarse titulares de empresas vinculadas que no sean acreedoras en el momento de solicitud del concurso, lo que permitiría al juez identificar todas ellas; el establecimiento de un marco de colaboración entre la administración concursal y las empresas vinculadas, marco que debiera estar establecido formalmente; la necesidad de que las empresas vinculadas tuviesen que ser oídas antes de que se decida el cese total o parcial o la suspensión de la actividad empresarial: de un modo más concreto, en cuanto a la proposición del convenio, podrían estas empresas presentar propuestas de convenio de modo independiente y, ya en fase de discusión del mismo, en lo que se refiere a la deliberación de las propuestas podrían tener las propuestas realizadas por estas empresas un derecho de preferencia en la discusión. También en la fase de liquidación, los titulares de empresas vinculadas económicamente, podrían disponer de un derecho autónomo de presentar observaciones o modificaciones al plan de liquidación propuesto y, en todo caso, deberían ser oídos por el juez, de similar forma a como lo son los

trabajadores de la empresa del deudor concursado. Se trata de propuestas o medidas que podrían adoptarse y procurarían una tutela concursal a los titulares de empresas económicamente vinculadas y que se añadirían a las que pueden derivarse de la aplicación de la Ley Concursal.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ En este sentido también analiza RUIZ PERIS, *“Concurso y empresas...op.cit.”*, pág. 2297; los efectos del concurso respecto a los contratos en ejecución de los que deriva la condición de empresa económicamente vinculada, los efectos de los contratos sobre los créditos y las medidas concursales complementarias, al considerar las medidas que considera encuadrables en la Ley Concursal. Muy acertada y precisamente señala: “Las empresas económicamente vinculadas no comparten el aleas de la explotación de la empresa de la que es titular el deudor concursado. Se trata no solo de sujetos jurídicamente independientes, sino de empresas económicamente independientes aunque vinculadas como consecuencia de la dependencia de la actividad empresarial desarrollada respecto de la del deudor concursado o de la dependencia de la marca de éste para el mantenimiento de su actividad en los términos en los que la lleva a cabo. A ello se añade, respecto al primer grupo de casos, la necesidad de contar con la actividad continuada y eficiente del deudor concursado respecto a la adaptación y renovación de los conocimientos utilizados para lograr su propia eficiencia y competitividad en el mercado”.

CAPÍTULO QUINTO

LA APORTACIÓN DEL DERECHO COMPARADO

SECCIÓN XXII.- LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y EUROPEO

En el Derecho europeo, sin entrar en este momento en el art. 85 del Tratado de Roma⁵⁸¹, más que por referencia, debe citarse; el Reglamento de la Comisión de la CEE de 30 de Noviembre de 1988⁵⁸². Dicho Reglamento excluye, como vimos, determinados acuerdos de franquicia de prohibición de restricciones a la competencia contenida en el aludido art. 85 del Tratado de Roma.

Lo determinante del contrato o acuerdo de franquicia es que algunos bienes y derechos de la llamada “propiedad comercial” van a ser utilizados o explotados en la distribución de productos de un empresario por otro. Por ello el Reglamento define también, con carácter general, la llamada *franquicia*, que se diferencia del acuerdo de franquicia al que hemos aludido (conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales).⁵⁸³

El artículo 9 del Reglamento 4087/88 de la Comisión establecía que dicho precepto sería aplicable hasta el 31 de diciembre de 1999. Tal limitación temporal de su vigencia, compartida por todos los Reglamentos de exención por categorías, motivó que la Comisión Europea dirigiese sus esfuerzos a la elaboración de un

⁵⁸¹ Sobre el cual ya hemos incidido, y volveremos a hacerlo más adelante, al observar la STSJ de 28 de enero de 1986, Sentencia del caso “Pronuptia”.

⁵⁸² Reglamento que reconoce expresamente, la figura del franchising.

⁵⁸³ Vid. DÍEZ DE CASTRO, E. y GALÁN, J.L., “El franchising: España y la CEE. Consideraciones legales”, *Investigación y Marketing*, Nº 30, 1989, págs. 31-42.

Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ Este proceso, fruto de la experiencia adquirida por la Comisión a lo largo de los últimos treinta años, culminará en el mencionado Libro Verde cuyo primer texto, optado en Bruselas en fecha de 22 de enero de 1997, se inclina por proponer cuatro posibles opciones respecto de la regulación que, deberán adoptar las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria. Estas cuatro opciones son las siguientes:

Primera. - Mantenimiento del sistema actual.

Segunda.- Exenciones por categorías más amplias. Esta opción mantiene el actual sistema aplicando la exención por categorías de forma más amplia. Los cambios sugeridos, que serán objeto de estudio por la Comisión una vez cerrado el periodo de recepción de comentarios, incluyen los siguientes:

- las exenciones por categorías abarcarán no sólo las cláusulas enumeradas sino también a otras que fueran similares o menos restrictivas,
- la inclusión de cláusulas prohibidas no implicaría necesariamente la denegación del beneficio de la exención para el resto del acuerdo,
- la exención por categorías podría aplicarse a aquellos acuerdos celebrados entre más de dos partes,
- se podría ampliar la exención por categorías para acuerdos de franquicias de forma que abarcase el mantenimiento del precio máximo como excepción del principio general, según el cual no se eximiría al mantenimiento de precios.

Tercera. - Exenciones por categorías más específicas. Modifica las actuales exenciones por categorías de forma que sólo se aplicasen en el caso de que cada una de las partes posea menos de un tanto por ciento (como ejemplo se cita un 40, que con posterioridad se convertiría en un 30%) de cuota de mercado de referencia en el territorio del contrato.

Cuarta. - Exenciones por categorías con una disposición que especifique las circunstancias económicas en las que se aplica el apartado 1 del artículo 85. Esta opción establecería un trato más flexible para aquellas relaciones verticales por acuerdos entre partes que no dispongan de un poder significativo de mercado. Para casos en los que las partes posean una cuota de mercado inferior a un tanto por ciento, el Libro Verde pone como ejemplo un

1. DIFERENCIAS DEL MODELO COMUNITARIO Y EL ESPAÑOL

Simplemente con lo indicado a priori, podemos observar que hay diferencia entre el modelo comunitario de la franquicia y el modelo español (refiriéndonos a la L.O.C.M.⁵⁸⁵), que han sido puestas de relieve por la doctrina puesto que hasta la fecha la definición de “franquicia” y la de “acuerdo de franquicia” eran pacíficas al no existir más que la que el Reglamento ofrecía que, además, era reclamada por la Ley de Defensa de la Competencia.

Las diferencias entre ambos modelos aludidos, vienen establecidas en cuatro direcciones fundamentalmente, que comentamos a continuación:

A) Comercialización bajo la marca del franquiciador

El eje sobre el que gira la franquicia es, precisamente, la cesión de los derechos de la propiedad industrial. En el texto comunitario, como hemos visto, es precisa o lógica esta circunstancia pero en la regulación española no se hace necesaria la cesión, con lo que el propio esquema contractual quiebra porque carece ya de sentido, por ejemplo, el derecho que tiene el franquiciador de imponer una serie de obligaciones al franquiciado para defender y proteger la unidad de la red franquiciada. Además en el caso anterior el franquiciado no se

20 por 100, en el territorio del contrato, existiría una presunción de compatibilidad con el artículo 85.1 del Tratado de Roma. Para los casos en que la cuota de mercado sea superior a la establecida se plantean dos posibles variantes:

- I. La exención por categorías de la Opción Segunda abarcaría todos los casos que superen esa cuota de mercado.
- II. La exención prevista en la Opción Tercera abarcaría todos los casos que superaran esa cuota de mercado.

⁵⁸⁵ Ley Orgánica 7/1996, de 15 de enero, y (su posterior reforma), Ley 1/2012, de 1 de marzo, de Ordenación del Comercio Minorista.

incorporaría al sistema del franquiciador y perdería las ventajas que le ofrece la figura que son: beneficiarse de una marca y de un sistema de comercialización previamente desarrollado. Efectivamente nos encontramos ante un diseño legal que no se identifica con lo que se considera en la práctica como franquicia.

B) Cesión del know-how

Tal concepto⁵⁸⁶, puede coincidir con el de “sistema de comercialización de productos” que ha utilizado la Ley española, definiendo ambos un mismo concepto, el primero desde el punto de vista jurídico (siendo además un término ya admitido) y el segundo un concepto económico. El Reglamento exige que el know-how⁵⁸⁷ tenga unas características definidas como ser secreto, ser substancial e identificado. Características que por otro lado no son exigidas por la Ley española, por lo que la diferencia de ambas disposiciones estriba en que en la regulación española permitía en principio la cesión de un sistema propio de comercialización

⁵⁸⁶ Definido en el artículo 1.3 1) de Reglamento de la CEE nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre lo define como: “Un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto substancial e identificado”.

⁵⁸⁷ Ya desde la Decisión Remante Nagoya de 9 de Junio de 1972 (DOCE, Ley 23 de Junio 1972), la comunicación de las evoluciones del Know-how técnico se entiende efecto connatural al negocio de licencia. La naturaleza inestable del Know-how y su dependencia de la continua innovación tecnológica determinan, que no mediando su adaptación al medio, el bien se extinga jurídica y económicamente por divulgación, dejando la licencia sin objeto. Este criterio se refleja posteriormente en los arts. 1.2. N°3, art. 2.2. N°4 y arts. 7.7 y 7.8, del Reglamento 556/89 exención por categoría de acuerdo de licencia de Know-how. Aunque en el reglamento 4087/88 de franquicia, este deber sólo parece contemplarse en favor del franquiciador (art.3.2.b), y limitado a los conocimientos disponibles al tiempo de la conclusión del contrato (art. 1.3. h), la propia naturaleza del mismo exige, que un elemento integrado en la causa posea contenido, o se produciría una afección al desarrollo funcional del acuerdo.

de productos y servicios cuyo sistema no fuera substancial, ni secreto ni figurara descrito de forma completa en un documento. Por lo tanto en la legislación española no se exige, la consiguiente cesión de un know-how secreto, substancial e identificado.⁵⁸⁸

C) Servicio de asistencia

Lógica consecuencia de la noción de comercialización bajo la marca del franquiciador y puesto que todos los empresarios de la cadena de franquicia usan un distintivo común y tienen unificados sus servicios y productos, se hace necesaria, imprescindible, una asistencia permanente del franquiciador para con los franquiciados, inexistente en el Derecho español al ser distintas las premisas de partida.

D) Contraprestación del franquiciado

La contraprestación del franquiciado⁵⁸⁹, en el Reglamento, podrá ser directa o indirecta, en el Reglamento, pero ha de existir siempre. Sin embargo en la Ley española se guarda silencio sobre este particular, aunque se intuya que será necesaria.

2. RELACIÓN ENTRE AMBAS REGULACIONES

Con esas ideas generales puede decirse de la regulación española -en relación con la comunitaria- lo siguiente:

⁵⁸⁸ En nuestro país, MASSAGUER J., *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona 1989, pág. 165 y ss; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La Franquicia*, Madrid, 1991, págs. 144-146.

⁵⁸⁹ Establece como requisito necesario la existencia de una contraprestación directa o indirecta por parte del franquiciado.

Por un lado que el Legislador español parece no haber querido definir realmente el contrato de franquicia sino abarcar la franquicia en todas sus expresiones o extensiones. Así, la definición principal o maestra del art. 1.3. c del Reglamento (“un acuerdo por el cual una empresa, el franquiciador, otorga a otra, el franquiciado principal, en compensación de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados”), está incluida, aunque sin ser citada, en la vaga definición española, por lo que nos encontramos, en la Ley y probablemente también en la práctica, con dos conceptos de franquicia: la franquicia en sentido amplio, que puede abarcar un gran número de contratos, que no obedecen a una tipicidad específica y cuyo único requisito es que existe “una cesión de un sistema propio de comercialización o servicios”; y la franquicia en sentido estricto, que es la definición del Reglamento 4087/88 de la Comisión.

De otro lado -y con otro carácter, pero digno también de citarse-, es que España se ha adherido al llamado *Código Europeo de Deontología del Franchising*, elaborado por expertos de ocho países y con la colaboración de las Comunidad Económica Europea, al que hemos aludido con anterioridad. Esta norma convencional establece los criterios determinantes para la caracterización del contrato de franchising y enuncia un conjunto de reglas que deben ser observadas por los contratantes⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Es digno de mención, o al menos, curioso, destacar que en la última de sus notas complementarias dicho Código aconseja que los litigios con los franquiciados sean resueltos y solucionados por los Tribunales de Arbitraje de los diferentes Estados, tribunales que como reflexionaremos más tarde -siguiente Capítulo de la investigación-, son de vital importancia debido a la idiosincrasia de este modelo de negocio basado entre otras, en las “relaciones personales” de las partes integrantes del mismo.

Como se ha señalado desde muy diversos ámbitos, la construcción dogmática del contrato de franquicia y su regulación jurídica, ambas posteriores a su propia realidad práctica, inciden siempre, aún sin ser esa en muchos casos su finalidad, en el derecho de la competencia, y ello porque el contenido de los acuerdos de franquicia pueden afectar restricciones a la libre competencia. El Reglamento presta especial atención a ese tema y en España, al no existir un reglamento propio sobre esos acuerdos, debe aplicarse o tenerse muy en cuenta las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁹¹.

Conviene pues recordar que, tras el Tratado de Roma de 1957, con los dos preceptos que tratan sobre la materia y a los que se ha aludido (el art.85 y 86 del mismo), en nuestro país, se aprobó la Ley de Defensa de la Competencia, que fue desarrollada por el Real Decreto de 21 de febrero de 1992, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la

⁵⁹¹ *Cfr.*, las siguientes sentencias por parte del Tribunal Europeo relativas a las resoluciones que afectan a las restricciones hacia la libre competencia, así; la STJCE de 30 de junio de 1966, as. 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH* (Rec., 1966, págs. 235-252); la STJCE de 13 de julio de 1966, as. 54 y 56/64, *Ets. Consten SA & Grundig Verkaufs GtabH c. Coramission* (Rec., 1966, págs. 299-351); STJCE de 20 de junio de 1978, as. 28/77, *Tepea BV c. Commission* (Rec., 1978, págs. 1.391-1.421); STJCE de 14 de diciembre de 1983, as. 319/82, *Soc. de yente de Ciraents et Betons de l'est SA c. Rerpen & Kerpen GrabH*, (Rec., 1983, págs. 4.173-4.184); STJCE de 28 de enero de 1986, as. 161/84, *Pronuptia de París GmbH c. Pronuptia de París Irmgard Schillgalis*, (Rec., 1986, págs. 374-389); STJCE de 25 de febrero de 1986, as. 193/83, *Windsurfing International Inc. c. Commission*, (Rec., 1986, págs. 643-669); STJCE de septiembre de 1988, as. 65/86, *Bayer AG et al c. Süllhóffer*, (Rec. 1988, págs. 5.281-5.288); TJUE, sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Residex Capital IV / Ayuntamiento de Rotterdam* (C-275/10); TJUE, de 29 de marzo de 2012, *3M Italia SpA* (C-417/10); entre otras.

competencia, y por el Real Decreto de 11 de septiembre de 1992, en materia de concentraciones económicas.⁵⁹²

Destacar de dicha Ley –de Defensa de la Competencia, ya comentada-, que está así pues inspirada en las normas comunitarias según se señala en su Exposición de Motivos, y que tiene un objetivo específico propugnado en la misma: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Distingue claramente entre conductas prohibidas y conductas autorizadas. Estas últimas serán conductas que implican una restricción en la competencia pero que, no obstante, están legalmente autorizadas, bien porque “contribuyen a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico”, o por el hecho de que atendiendo a su objeto “se encuentren justificadas por la situación económica general y de interés público”. Aunque la verdadera intención de la Ley es prohibir determinadas prácticas o conductas: las colusorias y aquellas que impliquen una posición de dominio en el mercado, recogándose algunos supuestos concretos que implicarían abuso de posición en el mercado, la imposición de forma directa o indirecta de precios, u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativo, la limitación de producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, la aplicación, en las relaciones comerciales

⁵⁹² *Cfr.*, resaltar igualmente las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de “concentraciones económicas” empresariales; la de 26 de Octubre de 2001, *as. Francia Open English*; la de 9 de junio de 2004, *as. Maquinaria de jardinería*; la de 14 de Junio de 2004, *as. Sistema Driver*; y la de 14 de septiembre de 2004, *As. Gucci*; la de 28 de Septiembre de 2005 *as. Franquiciados papelería*; entre muchas otras.

o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos⁵⁹³.

⁵⁹³ Recientemente se ha dictado por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Alcobendas, sentencia de fecha 10 de febrero de 2012 por la que resuelve un litigio entre la franquiciadora Telepizza y uno de sus franquiciados. Dicho litigio puede resultar de mucho interés para el resto de franquiciados en tanto en cuanto pretendía la resolución de la aplicación de los descuentos por la segunda bola de masa en la promoción 2x1 que resulta una de las principales medidas de marketing adoptadas por la red de pizzerías desde 1996. Y también puede resultar de interés, en tanto recoge aspectos sobre la homologación de los productos que el franquiciado está obligado a adquirir a Telepizza. Él mismo, hace alusión a lo largo de todo su procedimiento al objeto de estudio que en estos momentos tratamos, ya que lo que se pretende en la misma es resolver esa presunta posición dominante por una de las partes contractuales. El litigio consistía en resolver sobre si el franquiciado mantenía aquel derecho al abono pese a no cumplir con las condiciones que anualmente desde 2002 iba estableciendo Telepizza, pese a cumplir con las condiciones establecidas originalmente para recibir tal abono, y haberlas cumplido desde 1996 hasta 2002. Así la sentencia –prosigue-,” que la bonificación adquirió un carácter permanente formando parte de la política comercial y de incentivos de la franquiciadora, que no puede estar sometida a revisiones unilaterales, debiendo reconocerse a los franquiciados que cumplían los requisitos previstos cuando se acogieron a ella”. La imposición por la franquiciadora de condiciones novedosas y el sometimiento de la bonificación a revisiones anuales no negociadas, supone una quiebra de los derechos adquiridos por los franquiciados y rompe el equilibrio negocial, ya que se trata de obtener ventajas comerciales con mayor sacrificio para los franquiciados, los cuales están cautivos de la oferta 2x1. La alteración unilateral de los requisitos vigentes y consolidados temporalmente para la aplicación de la promoción, puede calificarse como novación sustancial del contrato y como tal debería haber sido aceptada de forma expresa por los contratantes. En cuanto a la homologación de productos, refiere la Sentencia que no puede justificarse la imposición de Telepizza de comprar a aquellos que la misma establece en cada momento, pudiendo por tanto el franquiciado adquirir libremente aquellos que ya resultaron homologados por la franquiciadora (p. ej. PEPSI y FARGGI vs. COCA-COLA y HAAGEN DAZS). Dicha imposición, -continúa la Sentencia-, sólo reporta beneficios al franquiciador”.

3. CONTINENTE EUROPEO

A) Francia

A la hora de afrontar el estudio de la aportación de nuestro derecho comparado, y empezando por el más próximo, el derecho comunitario, nos detenemos en primer lugar en Francia, país donde sí se reconoce en su cuerpo jurídico una normativa “casi” específica del contrato de franquicia –tan ansiada por otros países-, aunque no definitiva hacia dicho modelo. Fue a partir del 4 de abril de 1991, cuando su gobierno sancionó el Decreto Reglamentario a la Ley Doubin⁵⁹⁴, dictada el 31 de diciembre de 1989⁵⁹⁵. En dicha norma sustantiva, se contienen un sin número de normas relacionadas con la franquicia como, las obligaciones para obtener información previa a la venta de la franquicia, la concesión de la explotación de la marca, la asistencia continuada y relación inter personal de las partes contratantes, etc.⁵⁹⁶ Es una Ley sobre revelación, cuyos detalles fueron posteriormente establecidos en el Decreto del gobierno nº 91-337 de 4 de abril de 1991. Dicha Ley, como ya hemos citado, no podemos decir que exacta y exclusivamente trate de la franquicia, más bien, de todo contrato en virtud del cual una persona pone a disposición de otro un nombre comercial, una marca o cualquier signo distintivo, exigiendo de ella un compromiso de exclusividad o casi exclusividad. En el caso del citado Decreto del gobierno -cuyo precedente,

⁵⁹⁴ Ley 89-1008, de 31 de diciembre de 1989 (Ley Doubin). JORF, 2 - I - 1989, pág. 9, completada por el Decreto 91 - 337 de 4 de abril de 1991.

⁵⁹⁵ Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi N° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, en Journal Officiel, 6 de abril de 1991 (se publicó una corrección al Decreto en el Journal Officiel de 4 de mayo de 1991).

⁵⁹⁶ Ley Doubin 89/1008 de 31 de diciembre de 1989, relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social.

nos consta, se ha tenido muy en cuenta en el momento de redactar esta Ley-, nos encontrarnos nuevamente ante un caso, también único en el Derecho Comparado en que, en vez de definir la franquicia *estricto sensu*, se hace una definición general referida a todos aquellos contratos que cumplan unas determinadas características⁵⁹⁷.

Para definir este grupo de contratos La Ley se refiere a:

“Toda persona que pone a disposición de otro un nombre comercial, una marca o el de una enseña, exigiendo de ella un compromiso de exclusividad o cuasi-exclusividad, está obligado...”

La especialidad de esta técnica legislativa consiste en que no se ha intentado realizar una definición amplia de la franquicia sino que se ha ampliado el espectro de aplicación de la Ley en base a definir unos presupuestos abstractos cuyo cumplimiento determina la aplicación de la ley. Dichos presupuestos son cumplidos por el contrato de franquicia y otros similares⁵⁹⁸.

El Reglamento de Desarrollo del Decreto 4 de abril de 1991, así como el Arrête de 21 de Febrero de 1991, comportan básicamente la normativa francesa, (sin olvidar Reglamento CEE número 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a

⁵⁹⁷ Cfr. DERRUPPE, J.: “Propriété industrielle”, *Encyclopedie Dalloz dr. int.*, París, págs. 667-672.

⁵⁹⁸ Cfr. la jurisprudencia francesa relativa a esta materia con las conocidas sentencias del Tribunal de Grande Instance de París, de 22 de noviembre de 1974, en el caso “Bamfords Ltd” contra “Sperry Rand France” (PIBD, 1975, Nº 150, págs. III-228 — III-230) y la Sentencia del mismo Tribunal de de 6 de marzo de 1980, relativa entre -la desaparecida- “Yves Saint Laurant” contra “Manufacturas Palay” (PIBD, 1984, Nº 264, págs. III-169 - III-170); entre otras.

categorías de acuerdos de franquicia, que ya hemos analizado previamente, al que ella misma se adscribió como miembro de la CEE).

Es digno de mencionarse con respecto a la aportación del modelo de negocio por parte de dicho país, que la Federación francesa de Franchising, de carácter privado o corporativo, aprobó –entre sus preceptos-, un *Código de Deontología*, en cuyo articulado –y para el éxito incontestable del modelo de negocio de franquicia-, ha resaltado en su art. 5, n° 1, la necesidad de que el franquiciado tenga una adecuada preparación para poder colaborar con la actividad del franquiciador, señalando textualmente el precepto:

... el franquiciador, tras la selección, acepta los candidatos que, después de un atento examen, considere que poseen las cualidades personales y los medios necesarios para asegurar el éxito que se pretende. En tal circunstancia les proporcionará la complementaria formación profesional que se estime oportuna.

Para la implantación del modelo de negocio de cualquier franquiciador español o extranjero que desee exportar su franquicia a estas comentadas tierras francesas⁵⁹⁹, se podrán utilizar dos mecanismos fundamentalmente; en primer lugar la *Franquicia Directa*, en donde se vende directamente la franquicia al franquiciado, y en segundo lugar mediante el denominado Master Franquicia

⁵⁹⁹ Recordemos que Francia, país pionero en el continente europeo en lo que se refiere a estos contratos de franquicia, con una población a junio de 2012 de 65.633.194 ciudadanos/as, de los cuales un 42% -o lo que es lo mismo, 27,4 millones formaban la población activa del país (la población integrada dentro del mercado de trabajo, con empleo o en busca de éste), tenía en el sector franquicias más de 800.000 personas empleadas de forma directa, lo que supone un 4,28% de la población activa total, datos que arrojan una interesante rentabilidad en el sector, ya que arrojan el 7,7% del P.I.B total.

Directa⁶⁰⁰; si bien en los dos casos, será necesario disponer de un punto piloto que demuestre el funcionamiento de ese nuevo concepto y contar con un delegado francés, que por afinidad cultural, sea capaz de vender la franquicia.

B) Alemania

Siguiendo con nuestro Derecho comunitario, con lo que respecta a la aportación alemana, destacamos que la misma carece de una regulación específica sobre el particular, no obstante, se encuentra una tradición jurisprudencial sobre esta institución⁶⁰¹, que hace posible una combinación de elementos de diversos tipos contractuales, y de marcos legales que, como el

⁶⁰⁰ El Máster franquicia es el empresario que adquiere el derecho de explotar el modelo de empresa diseñado por el franquiciador con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados. Como señala, UNIDROIT, *Guide to International Master Franchise Agreements*, Unidroit, 2007, pág.77; exponiendo que; “para el franquiciador y los sub-franquiciados de una red, el subfranquiciador es el franquiciador efectivo para el sistema en el país anfitrión. El sub-franquiciador tiene responsabilidades tanto hacia el franquiciador como hacia los sub-franquiciados. Para el franquiciador el sub-franquiciador es su “presencia” en el país anfitrión. El franquiciador esperará por tanto que el sub-franquiciador dirija el sistema como lo haría él mismo. Para los sub-franquiciados el sub-franquiciador es su franquiciador y ellos por tanto esperarán que el sub-franquiciador se comporte hacia ellos como un franquiciador responsable. De hecho, si el sub-franquiciador dirige eficazmente, los sub-franquiciados no considerarán a nadie más franquiciador”. Destacamos las referencias y las aportaciones realizadas en este sentido por, HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Edit. Civitas, 2000, pág. 154; y MAYORGA TOLEDANO, M.C. *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, 2007, pág. 107, y sobre todo la obra y el estudio realizado por MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, (prologado por RUIZ PERIS, J.I.), Edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

⁶⁰¹ Aunque debemos reconocer que, debido a que usualmente -en las negociaciones que se pactan-, se suscriben en los contratos cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema de franquicia no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera y como es tradicional en casi todos los sectores en Alemania.

derecho comercial y laboral, tienen en mayor o en menor medida una participación en la configuración del contrato de franquicia.⁶⁰²

En el caso alemán, según los principios del derecho civil alemán, corresponde a cada parte de un contrato informarse y analizar los pros y los contras que se generan con la suscripción de éste. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, con excepción del BGH⁶⁰³ que hasta ahora no se ha pronunciado sobre el particular, han desarrollado el concepto del deber precontractual de aclaración, y han dispuesto que el franquiciador tenga que informar y dilucidar los aspectos relacionados en torno a la rentabilidad de la franquicia, antes de la suscripción del contrato. Sólo se puede excusar de dicho deber en aquellos eventos en los que el franquiciado ya se desempeña como empresario en el mismo sector de la franquicia, o cuando ya conoce el sistema de franquicia proporcionado por el franquiciador⁶⁰⁴.

La jurisprudencia alemana ha sido prolífica –esta vez sí-, en relación con los deberes precontractuales de aclaración por parte del franquiciador, pero calla en relación con deberes precontractuales que pueden corresponder al

⁶⁰² “Franchise-Recht in Deutschland” (El derecho de la franquicia en Alemania), párrafo 1, disponible en <http://www.franchiseplattform>.

⁶⁰³ “Bundesgerichtshof”, es la Corte Suprema Alemana.

⁶⁰⁴ En este sentido la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los contratos de distribución; *Vid.* la sentencia Landgericht de Düsseldorf, de 18 de marzo de 1958 (GRUR Int., 1958, pág. 430); la sentencia Oberlandesgericht de Düsseldorf, de 4 de agosto de 1961 (GRUR Int., 1962, págs. 256-257); la sentencia Bundesgerichtshof, de 21 de octubre de 1964 (GRUR Int. 1965, págs. 504-507); la sentencia Oberlandesgericht de Hamburgo, de 28 de agosto de 1970 (IPRspr, 1970, N° 9); la sentencia Oberlandesgericht de Múnich, de 15 de febrero de 1980 (IPRax, vol. 3, 1983, págs. 120-124); la sentencia Oberlandesgericht de Karlsruhe, de 25 de febrero de 1987 (GRUR Int., 1987, págs. 788-791); la sentencia Bundesgerichtshof de 21 de febrero de 1989 (IIC, Vol. 21, 1990, págs. 883—890); afrontando la falta de regulación específica de la franquicia.

franquiciado. No obstante, en dichos Tribunales se ha aceptado la concurrencia de culpas, y consecuentemente la disminución de la indemnización a cargo del franquiciador, siempre y cuando éste no haya obrado con dolo. Lo anterior debe ser interpretado en concordancia con el artículo 254 BGB⁶⁰⁵ que contiene la concurrencia de culpas, y que establece las siguientes consideraciones:

“La obligación de eliminar el perjuicio por quien lo ha inferido, así como la de repararlo debe ir hasta el punto en que el detrimento ha sido ocasionado por el perjudicado, si éste ha contribuido en la conformación del mismo”.

La anterior reducción en la indemnización por concurrencia de culpas también tiene aplicación en los eventos en que el afectado debía observar especial cuidado frente a quien causó el perjuicio⁶⁰⁶. En general, se reconoce al franquiciador numerosos deberes precontractuales, pues basta con iniciar negociaciones, para que entre los futuros contratantes se generen ciertos deberes que no tienen su justificación en el cumplimiento del contrato pues éste no existe todavía o incluso puede no llegar a existir, sino en su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones.

La doctrina general indica que, tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tienen el deber recíproco de informarse hasta cierto punto⁶⁰⁷, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el

⁶⁰⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, es el Código Civil Alemán.

⁶⁰⁶ Adicionalmente, los Tribunales han advertido la prohibición de *“venire contra factum proprium”* que dispone que nadie puede ir en contradicción de su conducta previa, pues las personas están obligadas en los términos del art. 242 BGB, a actuar de buena fe, y en consecuencia deben propender por el cumplimiento de sus deberes conforme lo requiere usualmente el tráfico jurídico.

⁶⁰⁷ Como señala la Resolución de la Corte de Apelaciones de Schleswig de 22 de enero de 2008 (NJW-RR 2009 6) donde se resolvió sobre la no obligación del franquiciado de proporcionar información sobre la llamada racha de la franquicia

proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada *culpa in contrahendo*⁶⁰⁸, que genera un deber de indemnización aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término. La jurisprudencia aplica este principio por ejemplo, dotando al posible franquiciado de elementos para juzgar la rentabilidad del negocio, aunque existe una doctrina minoritaria que se opone a ello, particularmente en el contrato de franquicia⁶⁰⁹.

Al igual que en Francia, en Alemania se fundó una Asociación de Franquicias (DFV), organización fundada en 1978, que tiene su sede en Berlín y que representa a franquiciadores y franquiciados por igual, y cuyo objetivo principal es representar los intereses de la industria de las franquicias alemanas.

C) Italia

El tema de la regulación jurídica de la franquicia -en Italia se denomina: *dell'affiliazione commerciale*⁶¹⁰ -, no se hará efectivo hasta el año 2004 -aunque

⁶⁰⁸ La culpa se produce en el período previo a la formación del contrato, y el daño se produce como consecuencia de la acción de una de las partes mientras se contraía la relación contractual ("in contrahendo"). La culpa "in contrahendo" consiste pues, en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo. Ese deber de diligencia nace con la oferta y termina al firmarse el acuerdo. (Destacamos las Sentencia de la Corte de Apelación de Munich de 16/09/1993 NJW 1994, 667; Sentencia del 11/17/1996 NJW-RR 1997, 812; sentencia del 24/4/2001, NJW 2001, 1759, Sentencia del 01/08/2002 BB 2003 443; y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 13 de julio de 2004 (WRP 2004 1378), "caso Citroen", relativo a las normas morales de un contrato de franquicia).

⁶⁰⁹ Vid. VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, 2007, págs., 113 y ss.

⁶¹⁰ Vid. GALGANO., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 2004; define, *franchising*, *nome che corrisponde al concetto di "privilegio" e che evoca, come già quello di concessione, l'idea che la commercializzazione dei prodotti sia diritto del produttore, e che solo per concessione di questo altri che non sia il produttore può mettere in vendita i prodotti.*

no así, el origen de sus franquicias⁶¹¹-. Este vacío de ley –casi común en Europa-, se suplía a nivel europeo con un Código Deontológico de “buenas prácticas”

La Ley 6 de mayo de 2004, reglas para la regulación de la franquicia, en su art. 1, publicada en la Gaceta Oficial N°120 del 24 de mayo de 2001, la define igualmente como:

“La franquicia (L'affiliazione commerciale) es el contrato, comúnmente denominado, entre dos sujetos jurídicos, económica y jurídicamente independientes, en virtud del cual una de las partes concede la disponibilidad a la otra, a cambio de una contraprestación, de un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativa a marcas, nombres comerciales, rótulos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how*, patentes, servicios o consultoría técnica y comercial, insertando al afiliado en un sistema constituido por una pluralidad de afiliados distribuidos en el territorio, con el propósito de comercializar determinados bienes o servicios”.

Legge 6 maggio 2004, N° 129; “Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale N°120 del 24 maggio 2004; art.1, definizioni:

L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.

⁶¹¹ El origen de las franquicias en Italia se remonta al 18 de septiembre de 1970, cuando una empresa de la Gran Distribución, Gamma d.li 611, inaugura en Fiorenzuola el primero de 55 puntos de venta gestionados directamente por una decena de afiliados. La Gamma d.i. ofrecía a los afiliados una serie de servicios: asistencia técnica para la preparación de las tiendas, apoyo en el lanzamiento de productos e inauguraciones supervisión de los propios empleados instrucciones para el personal directivo y para el de venta. Por otra parte, el potencial afiliado debía contar para iniciar dicho sistema de negocio, con una superficie de venta de al menos 350 metros cuadrados de una licencia para la venta a precio único y de un capital de 15.000 euros aproximadamente.

adoptado por la Federación Europea del Franchising, y en Italia en particular, por la correspondiente Asociación Nacional : Assofranchising⁶¹².

Asociación nacida en 1978 -cuyos Estatutos vigentes fueron aprobados recientemente en Junta General Extraordinaria, el 30 de mayo de 2013-, los cuales exponen, que además de ser una Asociación sin fines de lucro, tiene como principales objetivos –redactados en su art.3- ; representar los intereses generales de la franquicia en Italia y en el extranjero; representar, defender y promover, en Italia y en el extranjero, los intereses económicos, sociales y profesionales de sus miembros; promover las medidas adecuadas para la protección y afirmación de los intereses comunes de los mismos contra cualquier gobierno, organización,

⁶¹² *L'Associazione, che non ha scopo di lucro, si propone di: rappresentare gli interessi generali del franchising in Italia ed all'estero; rappresentare, difendere e promuovere, in Italia e all'estero, gli interessi economici, sociali e professionali dei suoi soci Franchisors cioè di coloro che nell'ambito della loro attività d'impresa concedono, con un apposito contratto, al Franchisee (o Affiliato) l'utilizzazione della propria formula commerciale, comprensiva del diritto di sfruttare il proprio know-how (l'insieme delle tecniche e delle conoscenze "significative e utili" ed i propri segni distintivi) unitamente ad altre prestazioni e forme di assistenza atte a consentire al Franchisee la gestione della propria attività con la medesima immagine dell'impresa Franchisor (o Affiliante); promuovere le opportune iniziative per la difesa e l'affermazione degli interessi comuni ai suoi soci nei confronti di qualsiasi amministrazione, ente, associazione, organizzazione pubblica o privata; promuovere lo studio dei problemi economici, giuridici, fiscali e commerciali di interesse generale per i soci Franchisors nonché quelli di specifico interesse determinando i criteri e gli indirizzi da seguire per la loro risoluzione; svolgere attività informativa sia tra i soci che negli ambienti economici sullo sviluppo del franchising in Italia e nel mondo; promuovere le opportune iniziative presso gli organismi pubblici e privati per qualificare il franchising ed inserirlo quindi in manifestazioni di carattere ufficiale attinenti il commercio interno ed esterno (fiere, saloni del commercio, ecc.); promuovere uno scambio di informazioni, sia sul piano nazionale che internazionale, con organismi simili al fine di realizzare iniziative comuni; diffondere e far osservare dai soci il Codice Deontologico dell'Assofranchising; sviluppare l'assistenza ai propri soci Franchisors approfondendo tematiche di comune interesse attraverso la promozione di seminari, convegni, conferenze, giornate di studio, tavole rotonde; adempiere a tutti quegli ulteriori compiti inerenti l'attività associativa deliberati dall'Assemblea.*

asociación –pública o entidad privada- ; promover el estudio de la situación económica, jurídica, fiscal y comercial de interés general para los miembros de Franquiciadores, así como las de interés específico por la determinación de los criterios y directrices a seguir para su resolución; llevar a cabo la información que se encuentra entre los accionistas en los entornos de negocio en el desarrollo de la franquicia en Italia y en el mundo; promover iniciativas adecuadas en las organizaciones públicas y privadas para tener derecho a la franquicia y luego añadir en manifestaciones de carácter oficial en relación con el comercio interior y exterior (ferias, ferias, etc.); promover el intercambio de información, tanto a nivel nacional como internacional, con organismos similares con el fin de llevar a cabo iniciativas conjuntas; difundir y hacer cumplir el Código de Ética por miembros dell'Assofranchising; desarrollar la asistencia a sus miembros Franquiciadores que estudian cuestiones de interés común a través de la promoción de seminarios, talleres, conferencias, jornadas de estudio, mesas redondas y; ejercer las demás funciones relacionadas con las actividades aprobadas por los socios de las franquicias.

Este contrato de franquicia ha sido estudiado y definido exhaustivamente tanto por la jurisprudencia –como expondremos a lo largo de esta investigación-⁶¹³, como por la doctrina italiana⁶¹⁴, existiendo unanimidad entre ambas de su

⁶¹³ Sulla nozione di franchising si veda Cassazione, Terza Sezione Civile, sentenza n. 247 del 2007, infatti: *“la causa del contratto di franchising è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor, e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso e conseguentemente di inserirsi sul mercato”*.

⁶¹⁴ In dottrina *cfr.*, COLANGELO, G., “Prime note di commento alla normativa in materia di franchising”, in *Corriere Giuridico*, 2004, pág. 853; per il quale, *l'immagine tipica che si ricava è*

naturaleza como contrato de colaboración⁶¹⁵, el cual permite a un empresario independiente, utilizar una marca ya conocida y una fórmula comercial ya probada.

a) Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale

El desarrollo normativo de dicho modelo de negocio tiene como primera regulación, la Ley 129/2004, Ley sobre franquicias; “Normas para la disciplina de

quella di un contratto di durata, basato su un modello standard e una approssimativa divisione dei compiti: il franchisor assume le decisioni commerciali, il franchisee è tenuto ad uniformarsi alle direttive imposte; il primo è un affermato uomo d'affari, che mette a disposizione il know-how e il trademark, il secondo è un inesperto imprenditore, che tenta di mettere su una piccola attività commerciale beneficiando dell'immagine e della reputazione altrui; DE NOVA-LEO VENEZIA, *Il Franchising*, Milano, 2004, pág. 761; FRIGNANI, *Il Franchising*, Torino, 1990; CUCCHI, F., *Il nuovo contratto di franchising*, Finanze e Lavoro, 2004; TRIPODI, L., PANDOLFINI, *La disciplina del franchising*, Milano, 2004; ADAMO, G., e CAPUTO, A., *Contratto di franchising*, Cierre, 2006; ADAMO, G. -BONANI, G., *Il Franchising: una formula vincente per la tua impresa. Come creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising*, FrancoAngeli, 2010; PANDOLFINI, V., Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising, in *I contratti*, n. 1/2005, pág.75 ; PARDOLESI, R., Il controllo del franchising, in *Quadrimestre*, Giuffrè, Milano, 1987, pág.196; FRIGNANI, A., *Il Franchising*, Torino, 1990, pág. 108; PETERS, L., “Franchising: le proposte di legge italiane e la legge modello dell'Unidroit sul “disclosure”. Un confronto”, in *Dir. Comm. Int.*, 2002, pág. 768; VACCÀ, C., Le regole del franchising fra prassi contrattuale e disciplina legislativa, in *Contratti d'impresa e strutture verticali*, Milano, 2004; ZANELLI, “Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale”, in *Le società*, 6/2010, pág. 689; FARINA, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e Contratti*, Giugno, 2011, pág. 407.

⁶¹⁵ Cfr. Corte d'Appello di Bologna sentenza del 12 febbraio 1994; il contratto in esame sia pacificamente inquadrato come contratto di cooperazione; “Il contratto di franchising esige una stretta e leale collaborazione fra l'affiliante e l'affiliato, sia al momento della stipulazione, sia per tutta la durata del rapporto” (Trib. Torino, 12.6.2007, Giuffrè, *Giurisprudenza di merito*, 2008, 1, pag. 131) conformi: Tribunale di Venezia, Sentenza del 5 giugno 2009, n. 2147/09; Cass. Civ. Sez. III, Sentenza del 15 febbraio 2007, n. 3462; in senso conforme anche Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 5348/09).

la afiliación comercial⁶¹⁶ que fue publicada en la Gazzetta Ufficiale (equivalente al B.O.E.) el 24 de mayo de 2004 y que entró en vigor el 25 de mayo; y posteriormente, su Reglamento, por el Decreto 129 de 2 de septiembre de 2005⁶¹⁷.

Dicha Ley está estructurada en nueve artículos:

- Art. 1: Se define la fórmula de franquicia

(Definizioni)

- Art. 2: Ámbito de aplicación de la ley

(Ambito di applicazione della legge)

- Art. 3: Dedicado a la forma y contenido del contrato

(Forma e contenuto del contratto)

- Art. 4: Obligaciones del franquiciador

(Obblighi dell'affiliante)

- Art. 5: Obligaciones del franquiciado

(Obblighi dell'affiliato)

- Art. 6: Obligaciones precontractuales

(Obblighi precontrattuali di comportamento)

- Art. 7: Opciones de conciliación

⁶¹⁶ El 25 de mayo de 2004 entró en vigor la: “Legge 6 maggio 2004, N° 129, publicada en la Gaceta Oficial N°120; “Norme per la disciplina della'affiliazione commerciale”, aplicable a las relaciones jurídicas y contratos de franquicia de ejecución dentro del territorio de la República de Italia. y su Reglamento sobre normas de gobierno de conformidad con el artículo comercial 4, apartado 2, de la ley 6 de mayo 2004, de regulación de la franquicia.

⁶¹⁷ Regolamento Recante Norme Per La Disciplina Dell'affiliazione Commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, N°.129 decreto 2 settembre 2005, N°204.

(Conciliazione)

- Art. 8: Procedimiento para la cancelación del contrato

(Annullamento del contratto)

- Art. 9: Normas transitorias y finales

(Norme transitorie e finali)

De su articulado destacamos; en primer lugar su definición –ya definida anteriormente- incluyendo conceptos tales como el de royalties o know-how⁶¹⁸; su ámbito de aplicación⁶¹⁹, en un área de su disponibilidad, en un espacio dedicado exclusivamente a la evolución del negocio; la exigibilidad y obligatoriedad de la forma escrita para la validez de estos contratos (con la posibilidad de si no se realizase así, podrían declararse nulos)⁶²⁰; la experiencia previa de esta fórmula

⁶¹⁸ *Per know-how, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di.*

Per royalties, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche

⁶¹⁹ *Articolo 2 :Le disposizioni relative al contratto di affiliazione commerciale, come definito all'articolo 1, si applicano anche al contratto di affiliazione commerciale principale con il quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi, nonché al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'articolo 1.*

⁶²⁰ *Articolo 3 : Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità*

por parte del franquiciador antes de constituir una red de franquicias⁶²¹; la duración mínima de los contratos que se establece en tres años, de manera que el franquiciado pueda recuperar la inversión; y se prevé –esta novedad normativa es muy importante por la repercusión que la misma tiene–, la resolución anticipada por incumplimiento de una de las partes⁶²². En su artículo 3 se indican los puntos que debe contener el contrato⁶²³.

⁶²¹ Recordemos que nuestro derecho español, ya definía –aunque no preceptuaba la obligación de una experiencia previa de al menos dos años en el negocio objeto de franquiciar–, a estos franquiciadores con esa experiencia realizada en dos establecimientos franquiciados, pero en este caso –y con el único fin– para clasificar a las empresas franquiciadoras, denominando a estos últimos que hubiesen desarrollado la actividad durante al menos dos años como “franquiciadores consolidados”. (Cfr. el art. 12 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores).

⁶²² Art. 8: “Si una de las partes ha proporcionado información falsa, la otra parte podrá pedir la rescisión del contrato de conformidad con el artículo 1439 del Código Civil, así como la indemnización por daños y perjuicios si tenía que hacerlo”.

Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto.

Si veda in tal senso consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione: C. N° 11055/2002; C. N° 514/2001; C. N° 5169/1990; Corte di Cassazione, sezioni Unite del 30 ottobre 2001, N° 13533, N° 11974; Cass. Civ. Sent. N° 10815/95, N° 3102/00, N° 10935/03, N° 2553/07; Cass. Civ. N° 11055, 2002; Corte di Cassazione Civ. Sez. III, N° 23315 del 2007; Corte di Cassazione, Civile, pronuncia del 17 maggio del 2010; Tribunale di Varese, sez. I, ordinanza del 30 luglio del 2010; Tribunale di Milano, sezione XI, sentenza del 17 giugno del 2011; Corte di Cassazione Civ., Sez. II, N°. 3477 del 2012.

⁶²³ Art.3: “El contrato deberá indicar expresamente: el importe de las inversiones y su cuota de inscripción; el método de cálculo y el pago de *regalías*, y la eventual indicación de unos ingresos mínimos que debe alcanzar el franquiciado; el ámbito de cualquier exclusiva territorial tanto en relación con otros franquiciados, tanto en relación con canales y unidades de venta gestionados directamente por el franquiciador; el *know-how* específico proporcionado por el franquiciador; todos los procedimientos para el reconocimiento de la contribución de

Es de resaltar igualmente que dicha Ley, aunque tímidamente, ha ido más allá que nuestro artículo 62 de la Ley de Comercio Minorista⁶²⁴, única regulación a nivel español que regula específicamente la actividad comercial en franquicia, y decimos tímidamente pues, aunque señala aspectos cuya regulación se viene reclamando por determinados operadores en España, ha elegido aquellos que no resultan problemáticos, sin entrar a los puntos de conflicto entre franquiciadores y franquiciados, franquiciadores puros y otras oportunidades de negocio como desarrollaremos.

Así, además de establecer una obligación de entregar información –similar a la fijada en España⁶²⁵- con una antelación mínima de treinta días a la fecha de

los *conocimientos* por el franquiciado; las características de los servicios ofrecidos por el franquiciador en términos de asistencia técnica y comercial, la planificación y la preparación, la formación y; las condiciones para la renovación, rescisión o eventual venta del contrato”.

(Art.3: “Il contratto deve inoltre espressamente indicare: l’ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l’affiliato deve sostenere prima dell’inizio dell’attività; le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l’eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell’affiliato; l’ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall’affiliante; la specifica del know-how fornito dall’affiliante all’affiliato; le eventuali modalità di riconoscimento dell’apporto di know-how da parte dell’affiliato; le caratteristiche dei servizi offerti dall’affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso”.)

⁶²⁴ La definizione di franchising del legislatore spagnolo “acuerdo o contrato por el que una empresa(...)cede a otra, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios” art. 62, comma 1, Ley 7/96.

⁶²⁵ Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, sobre la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de franquiciadores, que deroga el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, y el Real Decreto 419/2006, de 7 de abril.

firma del contrato⁶²⁶; por primera vez en una legislación de carácter europeo, se regulan temas como; el nacimiento por parte del franquiciador de la obligación de haber experimentado en su mercado la fórmula comercial objeto de franquicia

⁶²⁶ En este documento deberán proporcionar al franquiciado: aquellos documentos donde se aporten todos los datos más importantes para el franquiciador, incluyendo la razón y el capital social y, a petición afiliado aspirante, una copia de sus estados financieros de los últimos tres años o desde la fecha de inicio de su la actividad, si es que ocurrió en menos de tres años; una indicación de las marcas comerciales que aparecen en el sistema, con los detalles de su registro o depósito, o la licencia concedida al franquiciador de la tercera, que puede tener la propiedad de la misma, o documentación que acredite el uso efectivo de la marca; una breve descripción de los elementos que caracterizan el objeto de la actividad comercial; una lista de los miembros que actualmente operan en el sistema y los puntos de venta directa; una indicación del cambio, año tras año, del número de afiliados con relativa ubicación en los tres últimos años o desde la fecha de inicio del franquiciador, si es que ocurrió en menos de tres años; un resumen de todo procedimiento judicial o de arbitraje, iniciado en contra el franquiciador y que se concluyó en los últimos tres años en relación con el sistema franquicia considerada, tanto por los afiliados sean individuos privados o autoridades públicas, en cumplimiento de las leyes de privacidad aplicables.

(“L’affiliante deve consegnare all’aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: principali dati relativi all’affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell’aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; l’indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all’affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l’uso concreto del marchio; una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l’attività oggetto dell’affiliazione commerciale; una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell’affiliante; l’indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell’attività dell’affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell’affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla privacy”).

antes de iniciar dicho modelo de negocio, obligación connatural a la esencia de la franquicia, reconocida en el ámbito de los códigos deontológicos y por primera vez con carácter de obligación legal⁶²⁷; y otra obligación novedosa, no menos importante que se establece, hace referencia al tiempo de duración del acuerdo⁶²⁸, si éste se hiciese por tiempo determinado, el mismo tendría que tener una duración mínima y suficiente para recuperar la inversión realizada –ya que en

⁶²⁷ Ahora, la jurisprudencia italiana será la encargada de deducir si esa experimentación se ha tenido que llevar a cabo directamente por el franquiciador o puede haber llegado a un acuerdo con un tercero que actuó como centro piloto.

⁶²⁸ En Italia y China el contrato de franquicia se celebra por un plazo mínimo de 3 años, en el caso de Malasia éste aumenta a un plazo de 5 años, caso curioso y digno de mencionar lo constituye el Rumano, donde el legislador estipula que el contrato de franquicia debe celebrarse como mínimo para un periodo que permita al franquiciado devolver su inversión. Pensamos que la no fijación de un plazo concreto a veces puede causar problemas porque alguna de las partes puede aprovecharse de la situación y actuar en contra del principio de buena fe. Sin embargo en otros países como es el caso Australiano, la buena fe no está regulada y constituye un problema enormemente debatido a lo largo de los años, ejemplo lo constituye la Sentencia de 26 de marzo de 2012 de la Corte Federal de Sidney, en el caso: *Competitive Foods v. Yum*. En el litigio entre el franquiciado principal australiano “Competitive Foods”, dirigido por el Sr. Jack Cowin, y el franquiciador norteamericano “Yum! Brands, Inc.”, el franquiciador alegaba que el franquiciado actuaba en contra del principio de buena fe. Las relaciones entre las partes estaban basadas en los contratos de franquicia a largo plazo. El franquiciador “Yum” garantizaba a Jack Cowin la prórroga del contrato para poder vender las franquicias a otros franquiciados australianos. Pero en el año 2007 el franquiciador norteamericano declaró que los contratos a largo plazo no serían renovados, lo que tuvo como consecuencia que la compañía “Competitive Foods” ya no contase con una base legal para actuar en el mercado. Jack Cowin acusó al franquiciador “Yum” de comportarse contra la buena fe, alegando que por la manera de actuar de su franquiciador, ya no pudo vender la franquicia a los 46 posibles sub-franquiciados y que muchos establecimientos corrían el riesgo de cerrarse. Como nos podemos imaginar el franquiciador norteamericano no reconoció su culpa, alegando su pleno derecho de terminar el contrato, ya que no estaba fijado un plazo concreto y el término de “larga duración” carecía de la única interpretación. La obligación de actuar de buena fe no está regulada en la legislación australiana y este problema fue debatido durante muchos años.

ocasiones el monto de la inversión hecha por el franquiciado, es muy elevada-, y ésta, nunca puede ser inferior a tres años.

En nuestra opinión el legislador italiano debía haber profundizado más en el tema –y ésta era una buena ocasión-, y hubiese preceptuado igualmente no sólo que el futuro franquiciado pudiese recuperar la inversión realizada, sino que la duración de los contratos quedase expuesta al tiempo necesario para que el franquiciado hubiese rentabilizado -obteniendo también beneficios- esa inversión, ya que en la mayoría de los casos esa inversión es tan elevada, que su simple “recuperación” no servirá de mucho incentivo e impulso para el futuro potencial franquiciado de adentrarse en este modelo de negocio. Así vemos como el objetivo de la legislación italiana es claro, uno invierte en un negocio y le han de dar el tiempo necesario para recuperar la inversión antes de finalizar el contrato, pero a nuestro entender éste debería de ir más allá, ya que uno no invierte en un negocio para recuperar la inversión, sino para obtener la tan deseada rentabilidad, con lo que ésta lleva consigo, que consiste, indudablemente en recuperar la inversión pero además en obtener ganancias.

El controvertido tema de la buena fe, queda reflejado igualmente en el articulado de la ley italiana⁶²⁹; la referida norma proporciona un deber de los

⁶²⁹ Art.6: *L'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi.*

In dottrina *cfr.*, SANGIOVANNI, V “Contratto di affiliazione commerciale e doveri delle parti”, in *Studium Iuris*, 2011, pág. 402; VENEZIA, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, Milano, 2004; PANDOLFINI, “Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising”, in *I contratti*, 2005; FARINA, V., “La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso”, in *Obbligazioni e contratti*, 2011; NARDIN, G., *Relazioni e fiducia nei mercati dei*

posibles contratistas para mantener durante el curso de las negociaciones, el comportamiento basado en la buena fe – art. 1337 cc - ⁶³⁰, así como hacer que la otra parte sepa de las posibles causas de nulidad del contrato – art. 1338 cc - ⁶³¹. La jurisprudencia en este sentido se ha pronunciado de la misma manera en distintas sentencias⁶³².

beni industriali, Franco Angeli, 2003; FRIGNANI, A., *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁶³⁰ L'art. 1337 c.c. prevede che: *le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

⁶³¹ L'art.1338 c.c., dispone che; *la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.*

⁶³² *Cfr.* Codice Civile Commentato, Utet Giuridica, art. 1337 c.c.. Nello stesso commento vengono richiamate alcune importanti massime giurisprudenziali tra le quali, Cassazione N° 4051 del 1990; Cassazione N° 9645 del 2001; Cassazione 12147/2002; Cassazione 9802/1994. Tra queste non si può dimenticare la sentenza della Cassazione Civile N° 24795 del 2008 la quale ha statuito che la violazione del dovere di buona fede rileva non solo in caso di ingiustificata rottura delle trattative o nel caso di conclusione di contratto invalido ma anche qualora il contratto stipulato debba ritenersi valido; Tribunale di Mantova, Sentenza del 16 marzo 2011, N° 49/2011"; Tribunale di Salerno, Sez. I, Sentenza dd. 23 dicembre 2009; Tribunale di Ferrara, Sentenza 276/2012, dd. 22 febbraio 2012; "Tale esborso, che trova causa nel contratto d'affiliazione commerciale, è stato infruttuosamente sostenuto, per attività eseguite in modo negligente dalla parte convenuta, vista la risoluzione del contratto per causa imputabile alla parte convenuta, e integra, pertanto, una deminutio patrimonii, meritevole d'essere ristorata"; Cass. Civ. Sez. Unite, Sentenza n. 13533, 30 ottobre 2001; "In tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di consegna, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso,

Relevante novedad en la legislación italiana lo constituye el hecho de que el franquiciado, no puede transferir o modificar la sede o local indicado en el contrato sin el consentimiento del franquiciador⁶³³.

Junto a tales normas, se establece un nuevo contenido mínimo del contrato, basado en conceptos amplios, imprecisos y que, sin duda creemos, da lugar a más de un conflicto entre franquiciadores y franquiciados. Ese contenido mínimo conllevará, especificar contractualmente y obligatoriamente: el importe del canon de entrada; la fórmula de cálculo de los royalties y en su caso de un volumen de ventas a realizar por el franquiciado; la especificación del Know-how a poner a

invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (ed in senso confermativo cfr. anche Cass. Civ. Sez. III, 12 febbraio 2010, n. 3373; conformi Cass. Civ. Sez. I, 15 luglio 2011, n. 15659; Cass. Civ. Sez. Lavoro, 15 marzo 2010, n. 6205; Cass. Civ. Sez. I, 3 luglio 2009, n. 15677; Cass. Civ. Sez. I, 13 giugno 2006, n. 13674; Cass. Civ. Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8615; Cass. Civ. Sez. Lavoro 9 febbraio 2004, n. 2387).

⁶³³ Este hecho se podría producir como consecuencia de la inestabilidad del mercado inmobiliario en Italia y en casi todos los países, si el franquiciador nos ha concedido el beneplácito de rubricar un contrato con una sede determinada y en un lugar concreto, el franquiciado no podrá, salvo consentimiento del franquiciador, cambiar la ubicación de la franquicia, por muchos que las condiciones económicas del nuevo local mejoren –aún en el caso de que el establecimiento fuese mayor, las instalaciones más modernas o mejor iluminación por ejemplo-, ya que cada franquicia tiene su know-how, su zona determinada, su ideología y su público objetivo al cual va dirigida, y el cambio de ubicación –previamente pactada-, puede propiciar la pérdida de la idiosincrasia de la franquicia y su consiguiente fracaso.

disposizione del franquiciado⁶³⁴; la fórmula de entrega y reconocimiento de la entrega del citado Know-how⁶³⁵; las características del tipo de servicio a ofrecer al franquiciado por el franquiciador respecto a la asistencia técnica y comercial y la formación⁶³⁶; el proporcionar la suficiente información Precontractual⁶³⁷ –o aún

⁶³⁴ La giurisprudenza della Cassazione, forniva una interpretazione estensiva del concetto di know how, già prima della entrata in vigore della legge sul franchising. Infatti, sia nella pronuncia N°. 1699 del 1985, sia successivamente, con la pronuncia N° 659 del 1992, faceva ricomprendere nel concetto di know how non soltanto le conoscenze di carattere tecnico e organizzativo, ma anche le esperienze strettamente connesse a capacità o abilità personali, le quali non si traducono in nozioni razionali e definite, suscettibili di comunicazioni ad altri soggetti, o anche le regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, attengono al settore organizzativo o a quello in senso stretto commerciale. Sul tema della segretezza, l'evoluzione giurisprudenziale non è sempre stata coerente. Infatti, nella citata Cass., 27 febbraio 1985, N°.1699, anche se con qualche contraddizione, si riteneva che il know how fosse da ritenersi normalmente segreto; in Cass., 28 giugno 1985, N°. 3881, si affermava che il contratto di know how ha per oggetto essenziale la segretezza del metodo comunicato al cessionario. Nella stesa direzione; Trib. Trento, 14 maggio 2012, n. 472, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24; ex plurimis Trib.Milano, 07/02/2002, Gius, 2002, 15, 1638.

⁶³⁵ En este sentido suponemos, ya que la norma no especifica mucho más, que la fórmula podrá ser la entrega de los manuales y la formación y que el reconocimiento vendrá por la firma de una copia de los manuales entregados y la acreditación de haber asistido a los cursos de formación que les dará el franquiciador.

⁶³⁶ Tribunale di Ferrara, 15 febbraio 2012 N°. 276; Tribunale Ordinario di Venezia, II Sez. civile, Sentenza N° 2415 dell'1/10/2007; ex plurimis Tribunale Ordinario di Venezia, II Sez. civile, Sentenza N° 2147 del 5/6/2009; Tribunale di Ferrara, sentenza del 22/02/2012, N° 276, pag. 24: *l'assistenza fornita dall'affiliante deve essere, assidua ed efficace, rispettosa della diligenza professionale doverosa per l'affiliante nei confronti di un affiliato che, secondo le assicurazioni fornite, ben poteva essere anche sprovvisto d'esperienza imprenditoriale*; Tribunale di Venezia, sentenza n. 2415, 1 ottobre 2007; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sentenza del 16 giugno 2009, N°. 5685; Tribunale di Mantova, Sez. Distaccata di Castiglione delle Stiviere, Sentenza del 16 marzo 2011, N° 49; Tribunale di Venezia, Sentenza dell'1 ottobre 2007, N°. 2415; Tribunale di Torino, 12 de junio de 2007, Giuffré, Giurisprudenza di merito, 2008, 1, pág. 131.

⁶³⁷ Por lo que el plazo de las obligaciones de información precontractuales que deben prestar los franquiciadores para/con sus franquiciados, así en la legislación de Italia, Bélgica, México y

concediéndola, que ésta sea falsa (otro tipo de protección en la normativa italiana es el Decreto Legislativo N° 145 de 2007⁶³⁸, que prevé el control de la competencia en el mercado de cualquier forma de publicidad engañosa) -⁶³⁹, provocando inmediatamente la nulidad del contrato con el consiguiente derecho a los daños y perjuicios que le haya podido causar al franquiciado⁶⁴⁰; y las condiciones de renovación -si lo estima conveniente el franquiciador y por supuesto consiente el franquiciado-, de resolución o eventualmente y muy excepcionalmente, de cesión del contrato – hecho que como sabemos, ocurre en

China la obligación de información precontractual se hará con antelación mínima de 30 días antes de la firma del contrato de franquicia, en España y Francia, - con la antelación mínima de 20 días, en Australia y Canadá 14 días, en Brasil 10 días. En Suecia, Albania y Macao el franquiciador debe otorgar la información precontractual en un plazo de sentido común, sin la determinación de un término concreto. En otros Estados la fase precontractual no está legalmente regulada. Con tal situación nos encontramos en la legislación de Ucrania, Rusia, Bielorrusia, Kazakstán, Moldavia y Venezuela (datos obtenidos, *loc.cit.*<www.franchise.org/uploadedFiles/Files/Executive_Summary_Franchise_Laws_World.pdf>).

⁶³⁸ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, “Attuazione dell’art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole” publicado nella G.U. n. 207 del 6 settembre 2007.

⁶³⁹ L'altra protezione, invece, è quella prevista dal D. lgs.145 del 2007 che prevede il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su qualsiasi forma di messaggio pubblicitario ingannevole. Quest'ultimo è stato emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE, che definisce la pubblicità ingannevole come, *qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente.*

⁶⁴⁰ Obligación y sanción que, en España, por virtud de la aplicación de los principios generales de nuestro código civil, resulta ser la misma. El art.1439 del Código Civil Italiano contempla tal precepto.

la minoría de los contratos de franquicias, e incluso son muchas las legislaciones que lo prohíben - ⁶⁴¹.

Para finalizar con el análisis de la legislación italiana, destacamos un sistema de solución de controversias o conflictos -que pudiesen surgir entre ambas partes contratantes-, como resalta su citada norma, que la constituye la conciliación⁶⁴²; ésta, se refleja institucionalizada en la normativa italiana como paso previo antes de acudir a la autoridad judicial o antes de recurrir a un sistema alternativo de resolución de conflictos como es el arbitraje⁶⁴³ , señalándonos su contenido normativo que se deberá solicitar ante la Camera de Comercio, la industria, el comercio y la agricultura correspondiente al territorio donde tenga su

⁶⁴¹ Cfr. BORTOLOTTI, F., Il contratto di franchising: la nuova legge sull'affiliazione commerciale, le norme antitrust europee, Cedam, 2004; DE NOVA, G. / LEO. / VENEZIA, A., Il franchising: legge 6 maggio 2004, N° 129, Ipsoa, 2004; MARTÍ MIRAVALLS, J., "El deber de transparencia en la introducción de una red de franquicia en Italia", RDM, N° 264-265, 2007; FARINA "Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor" in *Obbligazioni e Contratti*, Pluris, 2011; BIANCA, M., *Diritto Civile*, seconda edizione, vol. n. 3, Giuffrè, Milano, 2000; SIROTTI – GAUDENZI, *Diritto industriale e diritto della concorrenza*, Vol.1, Utet Giuridica, Milano, 2008; CATRICALA, A., - GABRIELLI, F., *I contratti nella concorrenza*, Utet, Milano, 2008; RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., "La nueva ley italiana de franquicias", DN, N° 175, 2005.

⁶⁴² *Articolo 7: Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.*

⁶⁴³ El procedimiento de conciliación se aplicará, mutatis mutandis, con las disposiciones a que se refieren los artículos 38, 39 y 40 del Decreto Legislativo 17 enero 2003, N°5, y la subsiguiente modificaciones.

domicilio el afiliado (franquiciado) - la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato - ⁶⁴⁴.

Enormemente positiva nos merece esa propuesta, pero para que se materialice la misma creemos que será necesario que las partes apuesten por este sistema de "mediación", y sobre todo, que las cámaras de comercio italianas, creen órganos especiales para ello, con un personal cualificado y especialista en esta materia –y en este tipo de conflictos que afectan a los empresarios franquiciadores y franquiciados-.

Además del estudio de la legislación aplicable a las franquicias en Italia, debemos reflejar la manera de introducirse en su mercado por parte de cualquier operador - franquiciador español, por ejemplo-, los cuales deberán acogerse a alguna de las cuatro opciones que se les ofrecen y son lícitas, que son:

En primer lugar, mediante un Master franquicia –recordemos que éste, es un acuerdo entre dos empresas en base al cual una, el franquiciador, concede a la otra, el master franquiciado, bajo remuneración directa o indirecta, los derechos de su franquicia para que la desarrolle en el país de destino o en una región determinada, éste pasará a ser el gestor y responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en Italia y será el encargado de buscar y seleccionar a los franquiciados y adaptar el negocio a las características específicas de Italia -. Este método de expansión de la marca deja en manos del master franquiciado la posibilidad de gestionar sus propias

⁶⁴⁴ Con l'introduzione della mediazione obbligatoria (ad opera del D. Lgs. 4 marzo 2010, N° 28)199 per alcune tipologie di controversie, tale procedimento viene sempre maggiormente impiegato. Tuttavia un comunicato stampa comparso il 24 ottobre 2012 sul sito www.cortecostituzionale.it ha reso noto che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

franquicias dentro del territorio italiano bajo unos parámetros y controles dictados por la matriz. El uso del master franquiciado local como vía de entrada en este mercado presenta varias ventajas: primera y fundamental que el socio local ya conoce el mercado; en segundo lugar, se hará cargo de todas las gestiones y por último; será el responsable de buscar los futuros franquiciados para ampliar la red comercial. Casi el 50% de las marcas extranjeras, eligen la fórmula del master franquiciado para introducirse en el mercado italiano. Dicha fórmula está regulada por el Decreto Ministerial 02/09/2005 N° 204 que dicta las reglas para el respeto de la normativa italiana por parte de las redes extranjeras.

Con la implantación del master franquicia, podemos observar que se articula un contrato en dos niveles:

- Por una parte, un único contrato internacional de franquicia, entre el franquiciador y el master franquiciado, por medio del cual este último obtiene el derecho de estipular en su propio nombre, subcontratos de franquicia con los afiliados locales.

- Por la otra, una multitud de contratos nacionales de afiliación entre el master franquiciado y los subafiliados.

En segundo lugar, otra de las fórmulas utilizadas por parte de los empresarios para penetrar en mercados italianos franquiciables es a través de la constitución de Sociedades filiales, lo que permite tener un mayor control y capacidad de gestión de la expansión en el territorio. Pero esta opción tiene como inconvenientes, el gran desconocimiento del mercado y el tener que realizar de manera directa todas las gestiones para la obtención de los permisos de la región donde se quiere ubicar la empresa.

En tercer lugar, se podrán penetrar dichos mercados mediante una Franquicia directa. Esta expansión empresarial del modelo de negocio franquiciado es la menos usada. Es la fórmula distributiva que implica un menor

control del negocio, ya que el franquiciador tiene que realizar todas las gestiones desde el país de origen. El franquiciador español, en este caso, debe contactar con los candidatos seleccionados y hacerles llegar toda la información de la empresa. Una vez firmado el contrato, deberá formar al futuro franquiciado en España para que observe cómo funciona la red de ventas y poder transmitir mejor la cultura de empresa. Si se opta por esta estrategia, resulta fundamental disponer de una página web bien desarrollada, disponible en varios idiomas y atractiva para captar socios. Las ventajas que entraña la presencia de esta figura es que se trata de personal local, que habla la lengua del país y que es la responsable de la estrategia en ese mercado, aportando su conocimiento del sector y del mercado local. Esta fórmula puede ser interesante para testar la aceptación de la marca en el mercado italiano.

Y en último lugar, otra modalidad de aproximación al citado mercado es a través de una consultora especializada en franquicias. La mayor parte de ellas ofrecen un servicio integral que va, desde el análisis de las potencialidades de la insignia en el mercado, al diseño de un plan de negocio y puesta en marcha del mismo, pasando por las gestiones de carácter administrativo como los trámites burocráticos, la búsqueda de la ubicación (sobre todo si se va a optar por un punto de venta propio) y el desarrollo de la red mediante la búsqueda y la selección de los franquiciados o del master franquiciador. La situación de los puntos de venta, depende mucho del modelo de negocio, pero suelen ser locales en áreas comerciales muy transitadas de las ciudades, lo que significa afrontar unos alquileres muy elevados.

Como conclusión señalar que nos congratula que un legislador europeo se haya preocupado por cuestiones tan importantes en la franquicia como lo referente a su estructura, su competencia, su información precontractual y contractual –

veraz, y no engañosa⁶⁴⁵, etc., y haya decidido regular este importante y relevante contrato de franquicia con una normativa específica. Aunque, como avisamos a otros legisladores, deberían haberse afrontado los problemas más candentes y haber aprovechado esta regulación para profundizar en temas que no estaban exhaustivamente aclarados con la normativa europea, que darían mayor seriedad, de cara a la sociedad, al mercado, y en definitiva a la reglamentación de una actividad de la que depende el trabajo y esfuerzo serio de muchos franquiciadores, y a las importantes inversiones de muchos franquiciados.

D) Gran Bretaña

No existe regulación específica sobre el contrato de franquicia comercial en este país, ni existe amplia jurisprudencia sobre el tema, solamente se conoce un fallo que “alude a la cláusula de no competencia con validez posterior a la terminación del contrato.”⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, provvedimento N° 20951, Bull. N° 13/2009, “La condizione di imprenditore del destinatario di un messaggio pubblicitario non ne esclude in alcun modo l'idoneità ingannatoria; peraltro, i messaggi pubblicitari oggetto di contestazione specificano che, per aprire un centro omissis, non è necessaria una precedente esperienza nel settore. Nè pare potersi argomentare che la mancata realizzazione dei fatturati prospettati sia un rischio connaturato all'attività imprenditoriale stessa: pare infatti difficile qualificare come espressione di mero 'rischio imprenditoriale' la circostanza che, a fronte di un numero totale di 117 punti vendita aperti tra il 2003 ed il 2007, circa la metà abbia cessato la propria attività e i restanti PV non registrino, salvo rare eccezioni, fatturati paragonabili a quelli pubblicizzati” Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 276/2012, dd. 22 febbraio 2012; in senso conforme Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 657/2012, dd. 14 maggio 2012.

⁶⁴⁶ Ophthalmic Innovations International (United Kingdom) Limited v. Ophthalmic Innovations International Incorporated (A company incorporated in Delaware USA) HC 04 C 02071 High Court of Justice Chancery Division 16 December 2004 Neutral Citation No: [2004] EWHC 2948 Ch 2004 WL 3111427.

Lo que si nos encontramos es con legislación sobre el tema de protección de la competencia que afecta a la figura contractual en estudio, como por ejemplo, la Ley sobre la competencia desleal inglesa de 1980, la cual describe la práctica desleal así:

“Una persona incurre en una práctica desleal si, en el curso de un negocio, sigue un curso de conducta que, por sí mismo o juntamente con otros cursos de conducta seguidos por personas asociadas a esa persona, tiene o intenta tener, presumiblemente, el efecto de restringir, distorsionar o impedir la competencia en la producción, provisión o adquisición de bienes en el Reino Unido”.

Como es una práctica común de los países en materia de franchising –y así venimos exponiendo-, se ha creado en Inglaterra una asociación llamada, Asociación Británica de Franchising, fundada en el año de 1977 y promovida fundamentalmente por varias empresas británicas e internacionales punteras y comprometidas en la distribución de bienes y servicios a través de diferentes distribuidores por medio de acuerdos o licencias de franquicias. Como nota singular de la misma, destacamos que dicha Asociación Británica de Franchising ha buscado conformar un grupo en el parlamento que dé apoyo político a la figura contractual con una ansiada regulación –cosa que hasta ahora, no ha tenido sus frutos-. La asociación ha intentado también establecer y mantener reglas de conductas para franquiciantes, y ha establecido un esquema arbitral –sistema alternativo de resolución de conflictos-, para ser aplicado por el Instituto de Árbitros inglés.

El Código de Conducta que propugna dicha asociación, establece las prácticas publicitarias - elemento crucial en todo franchising-, que deben seguir los parámetros del Código de la Asociación de Estándares Publicitarios.

En Inglaterra, como sucede en Estados Unidos, también existe legislación antitrust o de libre competencia, las leyes son denominadas: Resale Practices Act y Resale Price Act, ambas vigentes desde 1976.

E) Bélgica

En Bélgica, la franquicia se rige por el Código de Conductas Leales o Código Belga, donde se expresa:

“Que el franquiciado trabaja por cuenta propia en el marco de un contrato de franquicia libremente suscrito”

La evolución del concepto de franquicia en Bélgica ha evolucionado más rápidamente que en otros países europeos gracias a la jurisprudencia en la cual como en otros países, también se destaca la Ley de defensa de la competencia. Así, cabría citar y destacar, en primer lugar, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2003\22233) en el que, en un litigio relativo a la validez de una cláusula de atribución de competencia, insertada en un contrato de franquicia, la Audiencia, citó a nuestro entender como referencia o autoridad en materia de franquicia, el Código Belga o Código de Conductas Leales en ese campo, y concretamente uno de sus artículos (FJ 20)⁶⁴⁷.

En segundo lugar, también podemos citar la SAP de Barcelona (sección 16ª) N° 179/2004, de 24 de marzo (JUR 2004\122633) en la que, en el marco de

⁶⁴⁷ En efecto, tras referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial existente en la materia, la Audiencia finaliza el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 2º como sigue: “(...) Pudiendo citar también el Código de conductas leales en materia de franquicia o Código Belga que en su artículo 20 nos dice que “Si el contrato de franquicia prevé la atribución de competencia en caso de litigio, es normal que esta competencia sea atribuida a los Tribunales del lugar donde se sitúa el comercio o el establecimiento del franquiciado”.

un litigio relativo a un incumplimiento de un contrato de franquicia en el ámbito de la hostelería, se adujo la existencia de un trato desigual entre franquiciados, y en donde finalmente la Audiencia recurrió, a modo de modelo, ejemplo o referente, a distintos códigos deontológicos existentes –en concreto el Belga-, en el ámbito de la hostelería para obtener la respuesta a uno de los problemas planteados⁶⁴⁸.

La legislación sobre distribución exclusiva de ventas, existen igualmente en Bélgica y su propósito es proteger al distribuidor de la terminación del contrato, aquí la doctrina no es nada unánime y ha cuestionado si esta ley o no será aplicable a la franquicia⁶⁴⁹. Sin embargo, no existe hasta el presente un caso jurisprudencial decisivo en la materia. Además es por vía jurisprudencial que se ha establecido que el juez tiene absoluta discrecionalidad al considerar que un contrato no es de franquicia comercial, aunque las contratantes lo hayan denominado así, y por ende, no tiene que ser tratado como tal.

A pesar de existir la regulación que ya se indicó sobre la figura contractual, no se prevé en ella el ámbito material de aplicación, por lo que queda la duda sobre su capacidad vinculante.

Existe igualmente una Asociación Belga de la Franquicia, con un papel importante y primordial en cuanto a la regulación de este tipo de actividad revestida con dicho modelo de negocio que son las franquicias, y es que en la misma, se exige y obliga a aplicar la normativa existente en la materia, siempre

⁶⁴⁸ Como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de primera Instancia, Nº 18 de Sevilla, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003\69242) o en la SAP de Barcelona (sección 11ª), Nº 408/2004, de 2 de junio (JUR 2004\209171).

⁶⁴⁹ *Cfr.* RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., "Deberes de información precontractual respecto a los contratos de colaboración comercial: la nueva ley belga de transparencia de redes", *RDP*, Nº 17, 2006.

que los contratos hayan sido enviados a dicha asociación por parte de los franquiciantes.

F) Suiza

El modelo de negocio en este país se aprovecha de las flexibles condiciones laborales y fiscales que se propician en el mismo. Bien es verdad que los consumidores en este mercado son exigentes - con diversidad lingüística e importantes diferencias de mentalidad-, pero en lo referente a las franquicias están experimentando un considerable crecimiento a pesar de que la doctrina denomine este mercado como un “mercado de pruebas”.

En la actualidad son casi 400 las redes franquiciadas y cerca de 5.500 los establecimientos operando bajo este modelo de negocio, que es la franquicia, el pequeño tamaño de su territorio, la pluralidad idiomática, además de las buenas conexiones portuarias a través del río Rin (frontera con Alemania, Italia, Austria, Liechtenstein y Francia) son características que se han de tener en cuenta para seguir creciendo en dicho país. Francia es el país que más ha conseguido introducir sus conceptos en el mercado Helvético, incluso está por delante que la propias cadenas de franquicias del país suizo⁶⁵⁰. Las perspectivas de crecimiento no son muy halagüeñas, sin embargo, el franquiciador que consigue afianzarse en Suiza, superando sus retos, presentará buenas perspectivas para un desarrollo futuro hacia otros mercados internacionales.

⁶⁵⁰ Principalmente, en Suiza en cuanto a este sistema de comercio asociado se utiliza las franquicias en el 84% de sus negocios, frente a las licencias de marcas que ocupan un 8%, las concesiones un 4% y los patrocinios 4%. Aún así, es un sistema relativamente joven, ya que el 61% de las cadenas fueron creadas a partir del año 2000. Y el volumen de negocios, se estima que la cifra media anual es de aproximadamente 37 millones de francos suizos (24,5 millones de euros).

No existen disposiciones legales específicas sobre la franquicia, ni la jurisprudencia ha sido prolija en este sentido. Básicamente es mediante su legislación Magna -la Constitución suiza-, la cual establece la libertad en el comercio y los negocios, derecho que se aplica tanto a los residentes suizos, como a los extranjeros no requiriendo casi nunca autorización previa de las autoridades federales para la creación de una empresa, salvo algunas excepciones (servicios postales, trenes, radio y televisión) la que rige o suple una normativa específica que no la tiene. Igualmente ninguna legislación impide que los inversores extranjeros adquieran compañías suizas⁶⁵¹. En general, los extranjeros que quieran ejercer una actividad independiente y que creen nuevos empleos reciben sin muchas dificultades los permisos de trabajo y de estancia. El ejercicio de determinadas profesiones o la creación de determinados tipos de empresas están sometidos a leyes federales o cantonales⁶⁵². Los contratos de

⁶⁵¹ Salvo las obligaciones pertinentes en materia de Propiedad Industrial. Recordamos que Suiza es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual así como de la Organización Mundial del Comercio por lo que es signataria de los acuerdos desarrollados en ambos marcos. Asimismo Suiza forma parte del Comercio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. En la materia específica de las patentes es signataria del Convenio de Munich para patentes europeas, del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y del Acuerdo de Estrasburgo sobre Clasificación Internacional de Patentes. Y por último por lo que a marcas se refiere, Suiza forma parte del Acuerdo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas y del Acuerdo de Niza sobre Clasificación Internacional de Bienes y Servicios para el Registro de Marcas.

⁶⁵² Las actividades que requieren autorizaciones especiales (patentes/concesiones) y que necesitan certificados de capacidad reconocidos son los siguientes: banca, seguros y sociedades de inversión (la creación de compañías financieras requiere una autorización previa de la Comisión Federal de Bancos), agencias inmobiliarias (la adquisición de bienes inmobiliarios está sujeta a una autorización previa para los solicitantes extranjeros sin permiso de establecimiento válido o las sociedades que tienen su central o que llevan a cabo sus actividades fuera de Suiza, o incluso las compañías dirigidas principalmente. Hoteles y restaurantes, doctores, dentistas, farmacias y abogados, ciertos sectores comerciales (por ej. comercio del vino). El Departamento Federal de Asuntos Económicos desarrolla una iniciativa

franquicia suponen normalmente un compendio de varios cuerpos legales que se superponen entre sí, resultando una combinación de acuerdos de licencia, distribución, acuerdos de alquiler, leasing o incluso de agencia⁶⁵³.

G) Turquía

No existe, al igual que en la mayoría de los países una regulación específica turca con respecto a la franquicia, por lo que su regulación jurídica se basa en las reglas generales, el Código de Comercio y el Código Civil, además de otras reglas generales como son los art. 11,18 y 20 del Código de Obligaciones, y el artículo 48 de la Constitución turca. En lo que se refiere a la resolución de las disputas existentes entre los mismos se aferra a la Ley de la Competencia turca.

Las partes del contrato –franquiciador y franquiciado- son libres de elegir la forma y el contenido de los acuerdos, por lo tanto se benefician del principio

para la inversión extranjera en Suiza bajo el logotipo de “Location: Switzerland”. Al mismo pueden acudir las empresas extranjeras que pretendan implantarse en Suiza, y por medio de dicho Departamento se ayudará al inversor franquiciador extranjero, facilitándole información y ayudándole a buscar la mejor localización para su franquicia. Posteriormente la Oficina para el desarrollo económico del cantón elegido, le ayudará a coordinar las decisiones locales hasta que el proyecto esté funcionando.

⁶⁵³ En este sentido los contratos de agencia están regulados también por el “Libro quinto: Ley sobre Obligaciones”. En particular, dentro del Título 13, el Cap. IV, es el que se refiere al contrato de agencia. Debemos de destacar igualmente en este sentido alguna de la jurisprudencia que ha destacado por sus pronunciamientos relativos a los contratos de distribución, así se podrán confrontar; la sentencia Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 1 de octubre de 1968, as. Stipa c. Dixi SA (BGE/ATF, 94.II, págs. 355-363); la sentencia Obergericht de Zúrich, de 29 de noviembre de 1968 (RIW, Vol. 15, 1969, pág. 329); la sentencia. Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 22 de abril de 1975, as. Togonal-Werk G.F. Schmidt AG c. Togonal AG (BGE/ATF, 101.II, págs. 293-302), y, la sentencia. Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 16 de octubre de 1991, as. Domsel (GRUR Int. 1993, págs. 889-890).

básico de libre contratación recogido en el Código Civil Turco. En lo referente a las relaciones internacionales entre las empresas turcas y las extranjeras, existe un principio de legalidad jurídica, así dependiendo de la naturaleza que tenga el franquiciador para establecer un acuerdo o contrato de franquicia se deberá obtener, autorización de la Dirección General de Inversiones del Tesoro Turco que es quien controla la calidad de los acuerdos y la aplicación de los consiguientes royalties.

H) Países del Este y Rusia

No se trata de hacer un estudio país por país, pero si creímos conveniente aproximarnos al panorama internacional para comprender mejor este modelo de negocio y su regulación en los distintos mercados.

En esto países la regulación sigue siendo tangencial, no existe regulación específica de los mismos. En Ucrania por ejemplo el requisito normativo para implantar este modelo de negocio consiste en la realización de un contrato –donde indudablemente existe la libre autonomía de la voluntad-, y una vez finalizado el mismo y prestado el consentimiento por ambas partes se obliga que el mismo se registre en el órgano que dio de alta comercial al franquiciado. Dicho precepto lo encontramos en las normas de Derecho común ucranianas, en concreto en su artículo 1118, e igualmente en el artículo 367 del Código de Comercio de Ucrania.⁶⁵⁴

Y para finalizar dicha investigación en el Continente europeo, por lo que respecta a Rusia, país fronterizo europeo –con el 80% de su población- y asiático –con el 20% restante-, y aún no existiendo regulación específica propia, la

⁶⁵⁴ Código de Comercio de 16 de enero de 2003, BO de Verkhovna Rada, 2003, NN 18-22, Ct. 144.

franquicia se registrará por sus normas del Derecho común, destacando igualmente que es preceptuado en las mismas, registrar el contrato en la Oficina de Patentes Rusa donde radique el domicilio del franquiciado según lo establecido en la norma –Código Civil de la Federación Rusa, artículo 1028, parte segunda-.⁶⁵⁵

SECCIÓN XXIII.- DERECHO COMPARADO

Difícil calcular el número de franquiciadores y franquiciados, empresarios y emprendedores, expandidos en los distintos mercados, que han decidido franquiciar –o adherirse-, a dicho modelo de negocio, sobre todo teniendo en cuenta que cada cuatro minutos aproximadamente en cualquier parte del mundo se constituye una nueva franquicia⁶⁵⁶. Nosotros reflejaremos las legislaciones del derecho comparado que sin duda nos ayudan a comprender y entender mejor dicha figura contractual.

Una vez analizado el Continente europeo, representados por los países ya citados -Francia, Alemania, Italia, Gran Bretaña, Bélgica, Turquía, Países del Este y Rusia-, que junto con España representan cerca del 98% del mercado europeo de franquicias –superando los 12.000 el número de establecimientos franquiciables en estos momentos-; seguiremos con la referencia al Continente americano, en países tales como: Estados Unidos, Canadá, Brasil, México, Venezuela, Argentina, Uruguay, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, que sin duda son los referentes americanos más importantes por su relevancia y su propias legislaciones, y que acaparan el 96% de las franquicias en dicho continente;

⁶⁵⁵ Código Civil de la Federación Rusa de 26 de enero de 1996. (№ 14 – Ф3. Gaceta Rusa, NN 23).

⁶⁵⁶ La “World Franchise” en su informe del segundo semestre de 2013, reflejaba que “cada cuatro minutos se abre un nuevo establecimiento franquiciado en el mundo”.

proseguiremos con el Continente asiático, con las referencias obligadas a India, Japón y China; y finalizaremos con otros países, que por su importancia dentro del mercado mundial –el Continente africano y Oceanía-, debemos de hacer, aunque sea muy brevemente, una obligada referencia a los mismos, de manera que quede así completado el panorama internacional del modelo de negocio desarrollado.

De todos estos países a excepción de Estados Unidos, Canadá, México⁶⁵⁷, Italia, Brasil, Japón y China⁶⁵⁸, no existen regulaciones especializadas y específicas de franquicias, son raras las legislaciones donde existen claras definiciones legales sobre franquicias, así como tampoco para los términos que la componen como franquiciador y franquiciado. En consecuencia, el sector en general, como venimos poniendo de relieve, se encuentra muy desprotegido.

Al igual que como venimos observando, cada país crea su propia Asociación encargada de velar por sus intereses y la de todos sus miembros, cabe mencionar la existencia del World Franchise (2008), entidad que aglutina a las distintas Asociaciones de Franquicias de todo el mundo, y que ha buscado la creación de legislaciones en los respectivos países, para promover el desarrollo del sistema y evitar que se burocratice controles inadecuados. En este mismo sentido, existe también, el International Institution for the Unification of Private Law (UNIDROIT 2009), que ha contribuido con la elaboración de un Proyecto de Ley

⁶⁵⁷ México que servirá de referente mundial en el umbral histórico de aportar al mundo la definición conceptual y la regulación de esta figura contractual, que es la franquicia.

⁶⁵⁸ Que a día de hoy China es el país que posee mayor número de franquicias (con sus correspondientes sucursales) a nivel mundial.

de franquicias para ser considerado por los países del mundo como un referente⁶⁵⁹.

En lo que afecta al Derecho comparado, la situación es relativamente desigual en los diferentes ordenamientos jurídicos. Nuestra referencia debe ir hecha en primer lugar a Norte América, en concreto a Canadá y a EE.UU. La elección de ambas regulaciones en primer lugar obedece por tanto al hecho de que son determinantes para las posteriores. La primera de ellas contaba con la Ley de Franquicias en la provincia de Alberta, mientras que el segundo estaba regulado con la Federal Trade Commission Rule y con leyes estatales⁶⁶⁰. Pero a pesar de la escasa regulación en el resto de los países, gran parte de los mismos han creado su propia institución nacional que organiza en el ámbito interno el sistema de Franquicias, lo impulsa, lo promueve y asesora para todo empresario que decida inmiscuirse en este modelo de negocio, y esta aventura empresarial como es la franquicia. Tal es el caso de la Asociación Brasileña de Franchising y el Instituto Brasileño de Franchising⁶⁶¹, ambos con sede en Sao Paulo, la Asociación

⁶⁵⁹ En Europa existe hasta la fecha, un Código común, como manual de buenas costumbres y prácticas en los países de Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia y Gran Bretaña, que surgió de las experiencias en franquicias de estos países y entró en vigencia el 1 de enero de 1991. Dicho Código no pretendía sustituir a los derechos nacionales, pues se limita a enmarcar las buenas prácticas de negocios entre los países de este continente.

⁶⁶⁰ Todos los demás países consideraban a este contrato como producto de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sujeto a las reglas generales de los contratos. Fue a partir de finales de la década de 1980 cuando empezaron a aparecer legislaciones tales como la “Ley Doubin” de Francia (1989), la “Ley Especial sobre Franquicias” de Brasil (1995), la Ley N° 7/96 de Ordenación del Comercio Minorista en España (1996), y el “Proyecto Álvarez-Fernández Meijide” de Argentina (1999).

⁶⁶¹ Dicha Asociación Brasileña de Franchising es una organización sin fines de lucro, establecida en julio de 1987, que goza de una imagen de mercado estableciendo una gran reputación y cuenta con más de 1.000 miembros, divididos entre franquiciadores, franquiciados y empleados que, en los últimos años, se han estado organizando y participando en diversas acciones para

e Instituto Mexicanos de Franquicias⁶⁶², la Asociación de Franquiciantes Canadienses, la Asociación Japonesa de Franquicias (1972), la Asociación de Franquiciantes Australianos, la Asociación Británica de Franquicias(1977), la Asociación Colombiana de Franquicias (ALCOFRAN), la Cámara Venezolana de Franquicias (PROFRANQUICIAS), La Federación Iberoamericana de Franquicias, y la Federación Europea de la Franquicia, entre otras muchas.

el desarrollo del sistema en Brasil. A lo largo de estos años se ha incrementado su gama de actividades a nivel nacional e internacional. En estos años la organización se ha dedicado a la realización de numerosas actividades, siempre con el objetivo de beneficiar a los miembros, la promoción de conferencias, simposios, seminarios, conferencias, cursos y reuniones de capacitación técnica sobre Franquicias. La Asociación está sirviendo como impulso para las relaciones entre franquiciadores y franquiciados, ya que ha firmado varios acuerdos con los bancos nacionales para ello. En la escena internacional, esta Asociación se destaca por su perfil emprendedor, siendo miembro fundador de la WFC (World Franchise Council), una organización que agrupa a las asociaciones más importantes en el mundo, y la FIAF (la Franquicia Iberoamericana). También integra el marco de la IFA (International Franchise Association), y es miembro correspondiente de la Federación Europea de Franquicias. Su misión es promover, defender y promover el desarrollo técnico e institucional del sistema empresarial moderno tanto, reúne a todas las partes involucradas en la franquicia - franquiciadores , franquiciados, consultores y proveedores de servicios - alrededor de un ideal común: Franquicias fuertes, prósperas y éticas.

⁶⁶² Esta Asociación Mexicana de Franquicias se crea en 1989 y se ha visto fortalecida desde entonces gracias al empeño y participación de sus miembros activos, contando en la actualidad con más de 300 afiliados, entre los cuales podemos contar a las principales franquicias nacionales y extranjeras que operan en nuestro país y que se distinguen con las marcas más reconocidas y renombradas en el mercado. Entre los principales objetivos de la asociación se encuentran: promover y difundir el desarrollo, consolidación y dignificación del sistema de franquicias dentro de los Estados Unidos Mexicanos. Ser un órgano representativo de la industria de las franquicias en México y el extranjero, que vele por el correcto desarrollo, difusión y consolidación del sistema, ante cualquier organismo público o privado. Coadyuvar con México de forma permanente para el desarrollo comercial, industrial y económico, fomentando la generación de empleos dignos y en consecuencia apoyando el crecimiento del país.

1. CONTINENTE AMERICANO

A) Canadá

En Canadá, su legislación que fue considerada como particularmente draconiana, fue modificada, entrando en vigor una nueva ley sobre revelación de franquicia y sus reglamentos de ejecución de 1 de noviembre de 1995⁶⁶³. La nueva Ley de Franquicias suprime la exigencia del registro contenida en versión previa de la Ley, pero aún exige la revelación previa a la venta. Igualmente establece acciones civiles y promueve el autogobierno por la comunidad de franquicias (que se creó a su efecto).

El país, es una confederación formada por diez provincias y tres territorios. Los franquiciadores que operan aquí están sujetos tanto a leyes federales como provinciales, que pueden ser diferentes dependiendo de la provincia en que se encuentren. Ontario, es la provincia donde este sistema ha tenido un desarrollo más fuerte. Se considera que el 40% de las ventas se realizan en un punto de venta franquiciado. En esta región y en Alberta han adoptado ya una misma jurisdicción que regulan los contratos en franquicia, y en el resto de las regiones se están desarrollando. En Ontario y Alberta, los franquiciadores pueden disfrutar de una libertad sustancial en la estructuración de sus acuerdos contractuales y la venta de sus franquicias.

⁶⁶³ La Ley de Franquicias, (Cap. F-17.1), del 17 de mayo de 1995, en vigor el 1 de noviembre de 1995. El texto del Decreto de Franquicias de Alberta y Reglamentos de ejecución se reproduce en la *Business Franchise Guide*, de la CCH (Guía de negocios de franquicias), págs.7010 y ss.

Las diferencias más notables se encuentran en Quebec⁶⁶⁴, una provincia de predominante habla francesa. Aquí las relaciones contractuales se rigen por su Código Civil⁶⁶⁵. En cuanto al idioma, en esta provincia los letreros, carteles y publicidad comercial debe ser o bien solamente en francés, o en francés y otro idioma con la redacción predominantemente francesa. Además, todos los empleados tienen derecho a ejercer sus actividades en francés. En el caso de Alberta se permiten documentos contractuales de otra jurisdicción adaptados a las necesidades de la provincia. En Ontario, este privilegio no existe pero existen las disposiciones particulares necesarias para que un extranjero dé cumplimiento a su legislación.

Una de las características principales de la legislación canadiense es que en ningún momento se obliga al franquiciador, en la documentación a transmitir al futuro franquiciado, a incluir declaraciones relativas al estado financiero de la empresa, aunque éste último sí que obliga a dar información sobre la facturación e inversión netas de la cadena. En cuanto a la proyección de pérdidas y ganancias, ninguno de los estatutos obliga a su entrega, aunque si ésta se realiza, existen una serie de especificaciones que deben cumplir estos documentos con el fin de que se ajusten lo máximo posible a la realidad.

⁶⁶⁴ La adopción del Código Civil de la provincia de Quebec, que contiene una amplia definición de los contratos de adhesión en su artículo 1379, ha planteado la cuestión de la aplicabilidad de las disposiciones relativas a los contratos de adhesión a los acuerdos de franquicia. Posteriormente se intentó introducir en la provincia de Ontario esta nueva legislación, pero hasta ahora no se ha desarrollado nada más específico.

⁶⁶⁵ El Nuevo Código Civil de Quebec entró en vigor el 1 de enero de 1994. Para una consideración de la aplicabilidad del Código Civil a los contratos de franquicia, véase FLORIANI, B., "The impact of the Civil Code of Quebec on Franchising", *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1995, pág.124 y ss.

Un franquiciador extranjero que desee ampliar su franquicia en Canadá lo puede hacer a través de tres tipos de estructuras. Una de ellas es que la franquicia tenga la sede en el extranjero y la empresa franquiciadora y los franquiciados estén ubicados en Canadá, el establecimiento es una sucursal o filial de la central. La segunda estructura es un socio a través de una joint venture, y la última, a través de un acuerdo de Master Franquicia. Depende del tipo de método que utilicemos habrá una serie de implicaciones fiscales para cada modelo, así como diferentes consideraciones comerciales, como el impuesto sobre la renta o las retenciones, e incluso consideraciones jurídicas como la determinación de la estructura empresarial. En cuanto a los requisitos legales –aparte de los citados- lo primero que se deberá hacer es registrar todas las marcas comerciales en la Oficina Intelectual Canadiense –los derechos de marca son de carácter regional, por lo que no estarán protegidos a nivel nacional a menos que estén registrados-.

B) Estados Unidos.

Toda codificación jurídica va a caballo de una realidad económica que le precede. En el caso de la franquicia lejos de ser una excepción, esta realidad, al tratarse de una institución de nuevo cuño, relativamente moderna, y por tanto en constante evolución, da lugar a una gran riqueza normativa. Ello obliga, antes de profundizar aún más en la materia, a realizar un acercamiento del concepto económico de la franquicia, que centraremos en Estados Unidos por ser este país la cuna de la institución, y donde más proliferación ha tenido como forma moderna de comercio la figura analizada⁶⁶⁶. Su madurez ha traído consigo que se

⁶⁶⁶ Esta figura jurídica lleva funcionando en los Estados Unidos más de setenta años. Se estima que un nuevo establecimiento de franquicia se abre en alguna parte de Estados Unidos cada ocho minutos aproximadamente, y uno de cada doce establecimientos de comercio minorista en EE.UU es una unidad franquiciada. Esta estadística en lo referente a la franquicia se incrementa a nivel internacional, así la World Franchise en su informe del segundo semestre de 2013, reflejaba que “cada cuatro minutos se abre un nuevo establecimiento franquiciado”, datos

encuentre perfectamente regulada y que se conozcan bien cuáles son los principales conflictos que surgen entre franquiciadores y franquiciados. Sin embargo sigue existiendo una zona gris entre la figura de la franquicia y la de las oportunidades comerciales, ya que ambas suponen un cesión de licencia de marca, patente o nombre comercial. La principal diferencia entre ambas estriba en que la relación de la franquicia es continuada en el tiempo a lo largo del contrato (franquiciador-franquiciado), sin embargo en la oportunidad comercial, una vez que se ha cedido la marca, patente o en su caso nombre comercial, y el cesionario ha pagado el canon por cesión de propiedad intelectual o industrial, la relación entre los dos sujetos del negocio ha terminado, y por ende, se da por finalizado el contrato.⁶⁶⁷

La primera experiencia referida a la franquicia en EEUU fue alrededor de 1892 a través de la *Sociedad Singer Sewing Machine Company*, que constituyó una red de vendedores independientes.⁶⁶⁸ Más adelante aparecía una nueva forma de franquicia, la denominada *Manufacturing Franchising*, en donde el franquiciado intervenía en la fase final de transformación de productos del franquiciador, si bien seguía tratándose de un solo producto.

que reflejan y ponen de relieve una vez más, la importancia de este modelo de negocio como fórmula de emprendimiento empresarial a nivel mundial.

⁶⁶⁷ Aunque debemos dejar constancia que hay veces que sí se estipula en la oportunidad comercial ciertas prestaciones entre las partes a lo largo del contrato, lo que crea esa denominada “zona gris”, se hace más difícil determinar si se está hablando de franquicia o de oportunidad comercial.

⁶⁶⁸ Pues ése es el origen del término y del contrato franchising y no se trata, como se ha sugerido en alguna ocasión, de una derivación del término “franc”, usado en Francia, ya en el siglo XII que significaba la concesión de un privilegio o de una autorización dada por el soberano a sus súbditos, referente a la transacción de mercaderías, por regla general.

Otro caso relevante de los augurios de la franquicia fue hacia el año 1929, donde una empresa denominada *General Motors* (de gran prestigio hoy empresarial) se valió de la franquicia para oponerse a la ley antitrust, que le prohibía como fabricante tener su propia red de vendedores. Siguiendo con la evolución económica de la franquicia se implantaba tras la segunda guerra mundial, la llamada *Business Format Franchising*, bajo la influencia del marketing, la planificación, es el elemento configurador de este tipo de franquicia.⁶⁶⁹ Finalmente aparece *La Partnership Franchising*, la cual se refiere a cualquiera de las modalidades anteriores, si bien arbitrando mecanismos de participación del franquiciado en la adopción de decisiones por parte del franquiciador. Siguieron por orden de importancia y relevancia en los Estados Unidos los casos de *Siegel v Chicken Delight*, 1971, que fueron considerados como licencias de marca pero aún más tarde, en 1980, con ocasión del caso *Príncipe v. Mc Donald Corp.* se les reconoció que se trataban de contratos con carácter autónomo y unitario en contra de la pretensión del franquiciado que mantenía la teoría de que sólo se trataba de una serie de “contratos enganchados” contrarios a la libre competencia.⁶⁷⁰

Tras este breve desarrollo de la evolución del término franquicia americano, observamos como en dicho país se puede encontrar, a nivel general, *la Federal Trade Commission Trade Regulation on Franchising*. Esta entidad permite que los contratantes se sometan a una de las dos regulaciones, ambas muy similares, que

⁶⁶⁹ Todo ello significa que el franquiciador goza de una serie de controles sobre el franquiciado que inciden en su capacidad para planificar, coordinar y señalar las finalidades de su actividad comercial.

⁶⁷⁰ Como lo ha puesto de relieve VICENT CHULIÁ, F., *Régimen jurídico ... op. cit.*, pág. 183, que lo considera, entonces contrato autónomo, atípico y mixto que integra bajo una única causa prestaciones y contraprestaciones correspondientes a diversos contratos típicos y atípicos.

existen: La Uniform Franchise Offering Circular (UFOC)⁶⁷¹ de 1975, o la Federal Trade Commission Disclosure Requirements (FTC), girando ambas alrededor de la existencia de un know-how y de una marca y signos distintivos. Diecisiete estados poseen, a su vez, regulación específica sobre la materia, exigiendo la revelación de ese know-how. Otros estados han adoptado legislación que regula aspectos de la relación de franquicia, incluyendo la rescisión. Otros tantos -veinte estados-, han adoptado por una legislación que regula la oferta y venta de una oportunidad comercial, siendo esta legislación aplicable también a los contratos de franquicia. Se debería señalar igualmente que además de toda esta legislación vista que es específica para la industria, no es la única, como por ejemplo la específica aplicable a las franquicias al por menor y a la distribución de gasolina.

En Estados Unidos más de 25 estados, poseen sus propias normas y tomaron como base la expedida por la Full Disclosure Rule (FTC), tales como California⁶⁷², Minnesota⁶⁷³ y New York⁶⁷⁴, entre otros. Estos estados tienen su

⁶⁷¹ Después de varios episodios de estafa de franquiciadores a franquiciados, en 1978 la Comisión Federal de comercio promulgó una ley que hizo obligatoria para todos los negocios vendiendo franquicias presentar una UFOC. El propósito de una UFOC es proporcionar suficiente información sobre una empresa para ayudar a futuros franquiciados en su intento de tomar una decisión informada. El UFOC describe el contenido de los contratos de franquicia.

⁶⁷² Así, el Estado de California en su propia normativa definió la franquicia como: *el contrato o acuerdo expreso o implícito en forma oral o escrita entre dos o mas personas por la cual al franquiciado le es concedido el derecho de ingresar en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios bajo el plan de mercado o sistema prescripto o sugerido en parte sustancial por el franquiciante.*

⁶⁷³ Por otro lado en el Estado de Minnesota se definió la franquicia como: *el acuerdo o acuerdos por el cual, a) Una persona llamada franquiciado vende u ofrece mercancía de un tercero llamado franquiciante, b) El franquiciante tiene control sobre el método de operación del franquiciado.*

⁶⁷⁴ El Estado de New York definió la franquicia como: *aquel contrato en forma oral o escrita entre dos o más personas por el cual al franquiciado se le concede el derecho de ingresar a un*

propia normativa y exigen el cumplimiento de una Circular de Oferta Uniforme de Franquicia (UFOC) como una forma de cumplir con la obligación de entrega de la información⁶⁷⁵. La UFOC, es más exhaustiva que la FTC, aunque ambos exigen la divulgación de la información, lo que varía es la amplitud de la información solicitada. Las normas contenidas en estas regulaciones van encaminadas a proteger la transparencia de los negocios que se desarrollan bajo el sistema de la franquicia y por eso regulan detalladamente la entrega de la información del sistema de franquicia que se oferta y la gestión que debe hacer el franquiciado para la administración de su nuevo negocio⁶⁷⁶.

negocio, de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios, de acuerdo al plan de negocio del Franquiciante y de la marca de este último.

⁶⁷⁵ Así mismo, debido a la importancia que tiene la franquicia, algunos sectores la regulan en forma específica como la Ley del Petróleo "*Petroleum Marketing Act*". En este caso en particular se regula la terminación del contrato con el fin de evitar la finalización arbitraria del contrato de franquicia, en aras de la protección de los franquiciados y el equilibrio de la relación de poder entre las partes.

⁶⁷⁶ En relación con lo primero, el franquiciador está obligado antes de la celebración del contrato o de recibir cualquier pago, a entregar por escrito la siguiente información: "Todo franquiciante debe proporcionar al eventual franquiciado un documento (Basic Disclosure Document) que contenga la siguiente información: identificación del franquiciante; experiencia del franquiciante; litigios anteriores del franquiciante con franquiciados; concursos y quiebras del franquiciante; descripción de la franquicia; pago inicial requerido al franquiciado; personas asociadas al franquiciante; obligaciones de compra y alquiler que deberá asumir el franquiciado; ingresos que recibirá el franquiciante con relación a las compras que efectúe el franquiciado; acuerdos financieros; restricciones relativas a la conducta del franquiciado en sus negocios; participación personal requerida al franquiciado; terminación, cancelación y renovación de la franquicia; información, estadísticas sobre el número de franquicia y el promedio de su terminación; elección de área territorial; programa de entrenamiento; información financiera referida al franquiciante, en la mayoría de los casos auditada."

La importancia de las franquicias en EEUU es patente, y es por ello que España siempre entrará en ese mercado. En nuestra opinión la forma más segura de introducirse en dicho Continente sería a través de la figura del Master Franquicia, en donde el franquiciado americano actúa al mismo tiempo como franquicia de los puntos de venta que se van abriendo, ejerciendo de representante del franquiciador de forma exclusiva en el país. Indudablemente este exportador español que quiere implantar su franquicia en dicho mercado americano deberá tener en cuenta la gran competencia que existe en EEUU, luego le obligará a tener que presentar un producto realmente nuevo que haga que los consumidores acostumbrados ya a otra marca decidan probar el nuevo producto. Consecuentemente y obligatoriamente la franquicia habrá de ser registrada según las normas de la Federal Trade Commission (esto es, de la citada norma sobre requisitos de la revelación y prohibiciones concernientes a la franquicia), informando a los futuros franquiciados del objeto de la franquicia -que en España no existe-, documento que deberá recoger todos los aspectos importantes del acuerdo y, en función de la calidad del mismo, al franquiciador español les será más o menos fácil encontrar franquiciados.

Otro problema que tendrá que afrontar será de la financiación, el SBA (Organismo dependiente del Estado para el desarrollo de la pequeña empresa) será el encargado en la mayoría de los casos de garantizar préstamos otorgados a través de bancos reconocidos; el empresario español para tener acceso al mismo deberá presentar un plan de negocio claro y conciso que reúna toda la información de la situación financiera del prestatario para poder conseguir las garantías y el propio préstamo. Significar –destacándolo por su importancia-, que cada vez cuenta con más programas de ayuda a las minorías, por lo que se aprecia la presencia de un mayor número de mujeres y de diferentes razas al cargo de las

franquicias, además no sólo los organismos de crédito, sino las propias franquicias están desarrollando programas de apoyo a las minorías.⁶⁷⁷

En el caso contrario, si el franquiciado español quiere poseer una franquicia americana en España, no se encontrará con grandes dificultades jurídicas, ya que las franquicias americanas tendrán que cumplir obligatoriamente todas las normas de las franquicias españolas –ya citadas con anterioridad-.

C) México

En México por ejemplo⁶⁷⁸, se ha producido la Reforma más reciente para la regulación de dichos contratos, ello ha implicado la salida de la franquicia de la Ley de la propiedad industrial⁶⁷⁹, donde sólo aparecía como un artículo dentro del

⁶⁷⁷ Como ejemplo sirva de referencia franquicias de restauración como Burger King, Pizza Hut, Baskin-Robbins, etc., las cuales están desarrollando muchos programas de contratación de personas pertenecientes a minorías para franquiciados, ofreciendo opciones de financiación especiales.

⁶⁷⁸ A quienes visitan México en la actualidad les llama la atención el número de cadenas mercantiles afamadas establecidas en ese país. Esto no sólo es verdad en lo referente a los ubicuos restaurantes de servicio rápido de todo tipo, sino también se aplica a las ópticas, tiendas de artículos electrónicos, gimnasios, compañías que alquilan automóviles y agencias de bienes inmuebles. Aunque en la forma que puede escogerse para evaluar el impacto cultural del fenómeno, un economista añadiría que su efecto en la balanza de pagos probablemente sea pequeño (sobre todo si se compara con su visibilidad); difícil de apreciar su impacto en la productividad (como siempre sucede en el tramo de los servicios) y con una implicación que será pequeña en el efecto directo en el NAFTA. De hecho probablemente sólo en función de las patentes y los “copyrights” influirá el NAFTA en esas cadenas comerciales como señalaba, TWOMEY, M.J., *Las corporaciones Multinacionales y el Tratado de Libre Comercio de America del Norte*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 217-218.

⁶⁷⁹ Dicha Ley de la Propiedad Industrial, se publicó en el Diario Oficial el 27 de junio de 1991, y entró en vigor desde el 28 de junio de 1991. Las secciones más importantes de esta ley se reproducen en la *Business Franchise Guide, de la CCH*, en pág. 7210, en una traducción

capítulo destinado a las licencias y la transmisión de derechos⁶⁸⁰; donde sólo era un contrato nominado pero atípico, y ahora además de nominado se convierte en típico; con vida propia y regulada en forma específica como figura comercial definida.⁶⁸¹

En los contratos de franquicia mexicanos se establece en primer lugar los denominados “contratos de promesa de franquicia” que establecen las características principales que ha de tener el contrato principal como son: la contraprestación inicial, Regalías, Marca(s), Ubicación, etc.⁶⁸² Este Contrato podrá ser oneroso o no, dependiendo de las obligaciones de las partes contratantes en caso de rescisión. A continuación debe existir una “Circular de Oferta de Franquicia”⁶⁸³, la inscripción de la marca como exige obligatoriamente la Ley de Propiedad Intelectual⁶⁸⁴, y la entrega de los “manuales de operaciones” (con

inglesa del personal de la CCH y la Oficina en Monterrey de la firma legal de Brownstein Zeidman and Schomer, Washington, D.C.

⁶⁸⁰ Art. 142 de la LPI.

⁶⁸¹ La Suprema Corte de Justicia ha resuelto nuevas controversias en relación a las Franquicias en México y es de suma importancia tomar en cuenta que estos sistemas en México han dejado de ser consideradas como Contratos atípicos, la Legislación actual en México no sólo se ha adaptado sino que ha tomado en cuenta el desarrollo de la economía y la defensa a quienes han comprado una Franquicia.

⁶⁸² Característica importante, es que este tipo de contrato se podrá celebrar aún en el caso de que el franquiciador no tenga registrada esa marca.

⁶⁸³ Documento que hasta el año 2006 fue una simple costumbre, pero que a partir del referido año se ha convertido en una obligación de hacerle entrega del mismo al potencial franquiciado con treinta días de antelación, e igualmente con todos los requisitos que comentábamos para la legislación española.

⁶⁸⁴ Para producir efectos en perjuicio de terceros, de conformidad con el art. 136 de la LPI que afirma: “Para inscribir una licencia en el Instituto bastará formular la solicitud correspondiente en los términos que fije el reglamento de esta Ley. Podrá solicitarse mediante una sola

predominio de elaboración por parte del cliente, y a continuación revisados por la empresa franquiciadora). En el propio contrato de franquicia puede estar contenido de tantos anexos sean necesarios tales como: Licencia de uso de marca, Contrato de suministro, Contrato de distribución, Contrato de confidencialidad, etc. Pero debemos hacer constancia de que los mismos, son parte integrante y por lo tanto pertenecen al Contrato.

En la legislación mexicana el contrato de franquicia sí que está definido de manera clara, en concreto en el artículo 142 , 142 bis, 142 bis 1, 142 bis 2 y 142 bis 3 de la Ley de la Propiedad Industrial, donde en el artículo 142 lo define como:

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

Existían otras leyes aplicables al Contrato de Franquicia, como son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: en ella se prevén las garantías individuales las cuales son inviolables e inembargables, sin embargo en ciertos casos como en el caso de la Cláusula Prohibitiva de actividades similares en caso de terminación del Contrato aplica sólo en algunos casos. El Código Civil

promoción la inscripción de licencias de derechos relativos a dos o más solicitudes en trámite o a dos o más marcas registradas cuando el licenciante y el licenciatario sean los mismos en todos ellos. El solicitante deberá identificar cada una de las solicitudes, o registros en los que se hará la inscripción. Las tarifas correspondientes se pagarán en función del número de solicitudes, o registros involucrados”.

Federal y Local, como todo acuerdo de voluntades de la Franquicia se rige principalmente por el Código Civil y particularmente la Ley de Propiedad Industrial en su artículo 142 BIS, el cual establece como requisito de forma, que deba constar por escrito además de establecer las características mínimas que debe contener dicho ordenamiento. Sin embargo el Código Civil, establece adicionalmente causas de rescisión, terminación, daños y perjuicios, etc. Igualmente aparece reflejada en la Ley General de Sociedades Mercantiles y aquí debemos constatar que aunque ningún ordenamiento establece como requisito que el franquiciante⁶⁸⁵ o el franquiciatario⁶⁸⁶ deban constituirse como una persona moral de carácter mercantil, resulta obvio que los inversionistas deben incorporarse como tales para evitar correr riesgos innecesarios. La Ley que regula las sociedades más populares como la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada son reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Otra ley donde venía reflejada de manera implícita la regulación de dicho contrato es la Ley Federal del Trabajo; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado en jurisprudencia que la relación laboral es la que obliga al Patrón al cumplimiento con el trabajador y no como comúnmente se cree que serían los contratantes del contrato individual de trabajo los obligados, adicionalmente el artículo 13 de dicho ordenamiento establece que cuando hay intermediación el intermediario y el beneficiario final son solidariamente responsables de la relación laboral. Cuando el Franquiciante capacita al trabajador para prestar servicios en la Franquicia si no se tiene el cuidado legal necesario el Franquiciante será solidariamente responsable con el Franquiciatario. Por ello aunque el Contrato de Franquicia establezca que el Franquiciatario será el responsable de las cargas sociales de sus trabajadores, imperará lo establecido

⁶⁸⁵ Denominado así en la legislación mexicana, equivalente al franquiciador (legislación europea).

⁶⁸⁶ Denominado así en la legislación mexicana, equivalente al franquiciado (legislación europea).

por la Ley Federal del Trabajo, esta situación se puede neutralizar con una adecuada asistencia legal⁶⁸⁷. También habrá que tener en cuenta la Ley de Competencia Económica; ya que para los casos en que los productos o servicios son considerados “relevantes”, dicha Ley pondrá restricciones para poder franquiciar, en este aspecto la complejidad consiste en diferenciar si el producto o servicio que comercializa la franquicia se puede considerar relevante o no. Por último destacamos que será obligatorio su cumplimiento para todas aquellas leyes y disposiciones que sean aplicables particularmente a la Franquicia en cuestión toda vez que este punto atenderá a las actividades de la Franquicia.

a) Código de Comercio de México (Reforma de 2012): un referente legislativo

El año 2012 en México, adquiere una relevancia primordial dicha figura contractual ya que nació formalmente la franquicia comercial como figura jurídica (amen de todas las disposiciones resaltadas con anterioridad), lo que ubica a dicho país en el umbral histórico de aportar al mundo su definición conceptual y regulación legislativa sobre el contrato de la franquicia y los elementos que la conforman.

Un hito histórico ha significado para la legislación mexicana la incorporación del contrato de franquicia como acto de comercio. El procedimiento seguido ha sido el siguiente; primeramente se reformó en la cámara legislativa de origen el Senado, el artículo 75 del Código de Comercio; y con posterioridad se adicionó la fracción XXVII, título sexto, capítulo VII denominado “DE LA FRANQUICIA”, con su

⁶⁸⁷ *Cfr.*, todo lo relativo a la responsabilidad del franquiciador en la legislación española, señalado en el Capítulo IV, Sección XX, “Responsabilidad laboral del franquiciador”.

articulado propio del 407 al 414, publicado en la Gaceta del Senado N° 384 del miércoles 25 de abril de 2012.⁶⁸⁸

A finales del año 1988, se concibió la iniciativa de crear la Asociación Mexicana de Franquicias⁶⁸⁹, que tan buen impulso produjo a partir de su creación, ya que las circunstancias económicas y jurídicas impedían hasta entonces que la franquicia surgiera y se desarrollara en México con anterioridad, a diferencia de lo que ocurrió en otros países, su economía cerrada, proteccionista y con un deficiente marco protector de la propiedad intelectual, aunado a la falta de un marco jurídico que regulará la franquicia, coadyuvaban a su dificultoso avance desde su nacimiento⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ En el apartado VI.- consideraciones del dictamen se lee textualmente: "(...) las comisiones por cuestión de técnica legislativa y con la finalidad de ser congruente con el objetivo que la iniciativa pretende apreciar que para una correcta estructuración del contenido normativo resultaría jurídicamente eficaz adicionar un capítulo VII de la franquicia en el título sexto del código de comercio...(...)". Y así, la franquicia como entidad, emerge de la opacidad jurídica donde había estado, para ubicarse en el lugar preeminente y prominente en que debe estar dada su aportación a la economía del país.

⁶⁸⁹ Cuya principal misión será desarrollar y promover acciones que permitan mejorar las condiciones en la que se encuentra el sector de Franquicias en México; organizar eventos de capacitación para los Miembros Asociados y público en general; establecer normas que promuevan el profesionalismo de las Empresas Franquiciantes y Profesionistas que participan en el sector de Franquicias en México; participar con organismos y asociaciones públicas y privadas en la promoción del sector de Franquicias en México; representar a las franquicias ante el Sector Gobierno y gestionar ante éste acciones y legislación que permitan mejorar las condiciones en la que se encuentra el sector de Franquicias en México; desarrollar un banco de estadísticas del sector; trabajar conjuntamente con otros sectores de la iniciativa privada en un plan general de desarrollo, promoción y supervisión de programas privados y gubernamentales que beneficien al sector de las franquicias. (*Cfr.*, su propia web, www.franquiciasdemexico.org).

⁶⁹⁰ Esta misma Asociación ha sido la propulsora de las muy recientes noticias recibidas en España sobre la expansión de franquicias extranjeras en territorio español (*Vid.* MARTÍNEZ, G., "La

D) Comunidad andina

Los contratos de franquicia en la Comunidad Andina y todos sus Estados miembros⁶⁹¹, es al igual que la mayoría de los países, un contrato atípico, teniendo en cuenta la ausencia de legislación específica tanto a nivel regional como a nivel nacional. En la actualidad se trata de actividades empresariales

azteca Alsea prepara nuevas compras en España”, *Diario Expansión*, 24 de Agosto de 2014, Madrid, págs. 3 y 4); propiciadas por las franquicias extranjeras deseosas de invertir en el mercado español, entre ellas la Mexicana “Alsea” cotizada en la Bolsa de Valores de México, que compró a principios del 2014 el 72% de Zena –otra franquiciada- que pertenecía a un fondo británico, quedando el 27% restante en manos de Alia Capital-. “Zena” es una sociedad que explota 950 restaurantes con seis marcas distintas -entre ellas las franquiciadas Burger King y Domino’s Pizza-. La entrada en el segmento de mercado de la restauración española ha tenido un mejor comportamiento durante estos años de “crisis”, y por tanto los analistas consideran que esta tendencia va a continuar, existiendo una gran oportunidad a pesar, insistimos de una tasa de paro rozando el 25%, y una muy débil recuperación de la economía. Como observamos una vez más, las franquicias son modelos que aún en épocas débiles por parte de los mercados, crean empleo, buscan oportunidades, fomentan la productividad, buscan la internacionalización y ayudan a mantener equilibrio económico en el mercado donde se ubican.

⁶⁹¹ El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. De esa manera, se puso en marcha el proceso andino de integración conocido, en ese entonces como Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él. En abril de 2006, Venezuela decidió retirarse de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el 20 de septiembre de este mismo año, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores otorgó a Chile la condición de País Miembro Asociado de la Comunidad Andina, abriendo el camino para su reingreso. La Comunidad Andina está conformada por Órganos e Instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración, más conocido como el SAI. Este sistema hace que la CAN funcione casi como lo hace un Estado.

autorreguladas y basadas en la autonomía de la voluntad⁶⁹². Al ser la franquicia una de las mejores formas actuales para establecer negocios independientes con grandes dosis de posibilidades de obtener éxito, las economías andinas no han sido ajenas a este fenómeno contractual *ad hoc*⁶⁹³.

En cuanto a su regulación jurídica cabe destacar su complejidad, ya en un principio parecería probable que al pertenecer y formar parte los miembros de dicha Comunidad, de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980⁶⁹⁴, ésta se iba a convertir en el instrumento idóneo para regular todos los aspectos esenciales de la franquicia, pero indudablemente no es así ya que no se aplicaría en todos los casos que involucrasen compraventa de mercaderías, ya que por ejemplo para los casos de franquicias comerciales que abarcan bienes intangibles dicha legislación no sirve como instrumento jurídico, esta normativa no regula aspectos trascendentales para un negocio de franquicia como lo son la transferencia de tecnología o la propia compraventa de activos intangibles⁶⁹⁵. Posteriormente se pensó que al pertenecer igualmente a los tres tratados internacionales más relevantes en materia de propiedad intelectual e

⁶⁹² Este concepto nos aparece delimitado en el artículo 4 del Código de comercio y artículo 1602 del Código civil (Colombia); artículos 168, 1352 y 1354 del Código civil (Perú); artículo 1453 del Código civil (Ecuador) y artículo 454 del Código civil (Bolivia).

⁶⁹³ *Vid.* ARRUBLA PAUCAR, J.A., *Contratos Mercantiles*, Tomo 3, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 2006.

⁶⁹⁴ Esta Convención tiene por objeto formular reglas de derecho para la armonización del contrato de compraventa y tráfico internacional de bienes tangibles. Por esta vía normativa se brindan herramientas de derecho internacional privado para agilizar cualquier transacción referente a la compraventa o suministro y se superan las diversas barreras y criterios que cada legislación doméstica pueda presentar.

⁶⁹⁵ Como pueden ser entre otros: las nuevas creaciones, los signos distintivos, los derechos de autor o el Know how.

industrial como lo son: la Convención de París de 1883 referente a derechos de propiedad industrial, la Convención de Berna de 1886 referente a derecho de autor, y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio; estos tratados podían regular dichos contratos, pero es evidente que los mismos no hacen referencia a los contratos de franquicia en general, sino específicamente a la protección de los derechos (signos distintivos y nuevas creaciones), y los derechos de autor y conexos.

Aunque no son regulación propiamente dicha en relación a la franquicia, si son destacables implícitamente en cuanto a la gran relevancia económica que tienen los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos tanto para Colombia como para Perú -únicos Estados de la subregión que, a diciembre del 2012, han celebrado un acuerdo comercial con EE.UU- ante la necesidad de conservar relaciones bilaterales con el socio económico más importante del continente, y poder implantar y ubicar allí sus propias franquicias.

Destacables igualmente –aún no siendo su legislación específica- la aplicación de los instrumentos UNIDROIT a la que se adhiere la Comunidad Andina, destacando sobre todo en los aplicables a la franquicia: la Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998⁶⁹⁶, la Ley Modelo sobre Divulgación de Informaciones en Materia de Franquicia de 2002⁶⁹⁷, y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004 y 2010⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ La Guía sobre los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998 es un documento elaborado por la UNIDROIT para la negociación y elaboración de un contrato de franquicia, y las obligaciones que deben incluirse entre las partes, sobre todo en aquellos casos donde se presenta subfranquicia.

⁶⁹⁷ La Ley Modelo sobre Divulgación de Informaciones en Materia de Franquicia de 2002, posterior a la Guía, es un documento más elaborado y completo referente a los elementos mínimos que

La regulación jurídica más relevante por lo que a la inversión extranjero de franquicias a la Comunidad Andina se refiere a la constituida por la Decisión Andina 291 de 1991⁶⁹⁹ se hace extensible a las obligaciones y derechos que podría llegar a ostentar un franquiciante o franquiciado nacional, extranjero o subregional, cuando el negocio franquiciado implique aportes de capital provenientes del exterior, bien se trate de activos tangibles o intangibles. Los franquiciantes y franquiciados extranjeros nacionales o subregionales tendrían los mismos derechos en materia de tratamiento y protección de sus inversiones en la Comunidad Andina. No habría trato discriminado e inequitativo⁷⁰⁰. Todo contrato de franquicia que implique en su ejecución aportes en dinero o bienes (tangibles e intangibles) provenientes del exterior, o el giro de regalías o capitales que deban ser enviados al exterior o reinvertidos, deberán ser registrados como inversión extranjera directa ante el organismo nacional competente de cada Estado miembro,

debe contener el contrato de franquicia; por vía de acto jurídico unilateral de los Estados, esta disposición normativa puede ser incorporada como ley interna.

⁶⁹⁸ Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales son preceptos generales aplicables a los contratos mercantiles de este orden, que surgen de la costumbre mercantil internacional y buscan conciliar las diferencias entre las normas internas de los Estados en materia procedimental, de forma tal que se unifique un sistema de normas aplicables a operaciones comerciales internacionales para aminorar la incertidumbre que produce a las partes resolver controversias bajo normas foráneas poco habituales.

⁶⁹⁹ La Decisión 291 de 1991 establece y regula el régimen general sobre inversión extranjera. Esta es complementada y reglamentada por cada Estado Miembro de acuerdo con sus estructuras tributarias, cambiarias y tratamiento de capital de extranjeros. Esta norma comunitaria define quiénes son inversionistas extranjeros, nacionales y subregionales; empresa extranjera, nacional y mixta, entre otros conceptos. Igualmente, establece las obligaciones y derechos de los inversionistas extranjeros en la Comunidad Andina.

⁷⁰⁰ *Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.* (Artículo 2 de la Decisión 291 de 1991).

en moneda libremente convertible. Así también la inversión de excedentes de utilidades distribuidas⁷⁰¹.

Todo contrato de franquicia que requiera para su ejecución en la Comunidad Andina de licencia de tecnología, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica y detalle, y demás contratos tecnológicos, deberán registrarse ante el organismo nacional competente del respectivo Estado miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada.⁷⁰²

Nosotros destacaríamos la Ley Modelo, como una de las normas internacionales más completa sobre los principales aspectos de la franquicia⁷⁰³. Aunque en la medida en que no fueran incorporados por los Estados a sus propios ordenamientos jurídicos, carecerían de poca aplicabilidad legal doméstica, y por lo

⁷⁰¹ *Toda inversión extranjera directa, o de inversionistas subregionales, que cumpla con las condiciones establecidas en el presente Régimen y en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros, será registrada ante el organismo nacional competente, en moneda libremente convertible.* (Artículo 3 de la Decisión 291 de 1991). Y en este sentido igualmente el artículo 4 de la misma Decisión señala: “el organismo nacional competente podrá también registrar, en moneda libremente convertible, la inversión de excedentes de utilidades distribuidas.”

⁷⁰² Artículo 12 de la Decisión 291 de 1991.

⁷⁰³ La misma incluye aspectos referentes al suministro y presentación de informaciones; elementos mínimos que debe presentar el franquiciante al franquiciador; excepciones a la obligación de divulgación por parte del franquiciante; acuse de recibo de los documentos pertinentes al modelo de negocio franquiciado; e instrumentos legales con los que el franquiciado dispone en caso de incumplimiento por parte del franquiciante a la obligación de proveer la suficiente información sobre la franquicia concedida.

tanto de eficacia jurídica.⁷⁰⁴ Por lo que la ausencia de normativa interna en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina, complica cada vez más que empresarios e inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, careciendo de un marco jurídico contable y estable en estos aspectos, declinen su estímulo y su atractivo para crecer y crear nuevas oportunidades de negocio, y por ende todo lo que conlleva a niveles de empleabilidad, crecimiento económico y en definitiva, estabilidad de dicha Comunidad.

Pero regular el contrato internamente no implicaría necesariamente prescindir o eliminar la autonomía de la voluntad, simplemente delimitarla para lograr mayor seguridad jurídica. Y en este sentido observamos como el fundamento jurídico para sustentar su regulación se encontraría implícito en el artículo 55: “la Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías”⁷⁰⁵.

Durante la ejecución del contrato de franquicia en la Comunidad Andina, es común a todos los estados miembros el actuar de buena fe entre las partes,

⁷⁰⁴ Pongamos de ejemplo, que surgiera una controversia en un contrato de franquicia que presenta elementos extranjeros con puntos de contacto en algún Estado Miembro de la Comunidad Andina, dentro del cual las partes (franquiciante y franquiciado) han establecido como ley aplicable la Guía, la Ley Modelo o los Principios de UNIDROIT, y en cuyo caso es competente un juez doméstico para conocer la controversia, podría no aplicarse la ley señalada por las partes en el contrato bajo el argumento de que la misma no corresponde al derecho positivo de ningún Estado. En cuyo caso, el juzgador podría dejar sin efecto la cláusula *electo juris* y aplicaría sus propias reglas de conflicto o de derecho internacional privado para encontrar la ley sustancial aplicable a la controversia.

⁷⁰⁵ En este sentido, QUIROGA OLAYA, A.F., “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la comunidad andina”, *Revista de Derecho Privado*, N°48, Julio –Diciembre, Universidad de los Andes, 2012.

obligando a cada una a empeñarse en cumplir las expectativas de la otra en la relación contractual y satisfacer el interés de las partes acreedoras de la prestación. Igualmente es muy importante precisar que el contrato de franquicia es un contrato de adhesión, cuyo éxito radica en la formación de redes de franquiciados para obtener beneficios tales como economía de escala y posicionamiento de la marca. A la hora de realizar el acuerdo entre las partes se usa un contrato tipo que contiene cláusulas predispuestas, las cuales el franquiciado no puede negociar, sino lo que se hace es acordar adaptaciones al contrato⁷⁰⁶.

En materia de inversión extranjera⁷⁰⁷, debido al acuerdo con el régimen de competencia establecido en la Comunidad Andina⁷⁰⁸ se prohíbe que las partes

⁷⁰⁶ Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en Sentencia de octubre 27/93, se sostuvo que: "...en definitiva el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga, pudiéndolo también rechazar, en los contratos de adhesión si tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos (contratos especiales quizá y por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contrato al fin), "porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión: es el efecto del contrato" (Sala de Casación Civil 8 de Mayo de 1974). Y sobre dicha base han estimado los doctrinantes perteneciente a este segundo grupo que los contratos de adhesión constituyen un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de algunos principios clásicos en la interpretación de los contratos jurídicos entre ellos consignados en el art. 1618 Código Civil ..."

⁷⁰⁷ Vid. ROCHA LIBREROS, J.C., "Las inversiones internacionales según el TLC", en *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio*, Universidad del Rosario - Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, 2005.

⁷⁰⁸ Con el fin de lograr la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, y cómo no, sancionar aquellas conductas restrictivas de la competencia, a través de la Decisión 608 de 2005 se busca la efectiva protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina. Su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellas prácticas restrictivas de

puedan pactar cláusulas susceptibles de restringir o distorsionar la libre competencia, y que afecten negativamente el desarrollo normal de algún operador económico dentro de la red franquiciada o de un competidor externo a la franquicia. En este sentido, la normativa andina prevé como restrictivas de la libre competencia aquellas prácticas de abuso de la posición dominante⁷⁰⁹. De manera que cualquier cláusula en un contrato de franquicia, cuyos efectos en la subregión impongan al franquiciado obligaciones que puedan constituir abuso de la posición dominante por parte del franquiciante, puede dar lugar a una investigación y posterior sanción al infractor⁷¹⁰. Por lo tanto se deberá registrar ante la autoridad nacional competente que designe cada Estado miembro, antes de celebrarse cualquier contrato de franquicia, una Circular de Oferta de Franquicia⁷¹¹, a través

la competencia o abusos de la posición dominante que pueda llegar a realizar cualquier persona -natural o jurídica- y que sus efectos tengan incidencia en el mercado subregional.

⁷⁰⁹ En este sentido, según el art.8 de la Decisión 608 de 2005, “se presume que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: la fijación de precios predatorios y la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios.”

⁷¹⁰ Cláusulas donde el franquiciante le impone al franquiciado suministrarle ciertos productos de forma exclusiva, como proveedor, sin la opción de poderlos adquirir con otros agentes dentro del mercado, lo que podría conducir a situaciones de exceso en los precios de compra.

⁷¹¹ La Circular de Oferta de Franquicia se emplea en países como Estados Unidos, México y Brasil, y por lo general debe contener como mínimo la siguiente información: a) Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante; b) Descripción de la franquicia; c) Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, nombre y razón social del franquiciante maestro designado en algún Estado miembro; d) Derechos de propiedad intelectual que involucran a la franquicia, países de registrado (derechos de autor o signos distintivos) o inscripción (patentes o variedades vegetales); e) Montos y conceptos de los pagos que el franquiciado debe cubrir al franquiciante por el concepto del negocio que se franquicia; f) Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciado; g) Definición del sector de operación del mercado que explota la franquicia; h) Derecho del franquiciado a conceder o no subfranquiciar a terceros y, en su caso, los requisitos

de la cual se brinde públicamente la información técnica, económica y financiera a cualquier interesado en el negocio, y se eviten abusos, desinformaciones o cambios de condiciones respecto a la oferta inicial por parte del franquiciante.

Como dato relevante señalar que en Colombia las posiciones doctrinales a favor de una regulación específica para la franquicia han llevado al sector a ejercer una actividad autoregulada a través de códigos de ética, normas técnicas (NTC 581.3 del Icontec) y costumbres reconocidas por las Cámaras de Comercio, que si bien no son normas de obligatorio cumplimiento, son reglas de conducta que permiten orientar y blindar, en cierta medida, las obligaciones, deberes y derechos de las partes⁷¹².

a) Ecuador

Al igual que el resto de los países, en materia de legislación, el desarrollo de esta figura contractual lamentablemente ha sido escaso o nulo, por lo que no existe una regulación a la relación contractual entre el franquiciador y franquiciado en Ecuador. Actualmente cuentan con un Instructivo de calificación y aprobación de Franquicias, de una Resolución de la Empresa Nacional de Correos, publicada en el Registro Oficial N° 386 de 16 de febrero de 2011, en la cual se menciona el procedimiento que se debe realizar para adquirir una franquicia y las políticas que rigen en materia de correos a nivel nacional, pero no la regulación de los derechos y las obligaciones entre los contratantes.

que deba cubrir para hacerlo; i) Obligaciones del franquiciado respecto a la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante; j) Las principales obligaciones y derechos del franquiciado que deriven de la celebración del contrato de franquicia; k) Causales para dar por terminado el contrato unilateralmente y efectos posteriores (sobre todo en los casos de subfranquicia), y l) Estados financieros del franquiciante máster o franquiciante principal.

⁷¹² Cfr. VARGAS ROZO, L., *Riesgos jurídicos del contrato de franquicia internacional en Colombia*, <http://hdl.handle.net/10045/39604>.

Por lo que en el Ecuador no existe legislación especializada sobre franquicias, no hay una definición legal ni definiciones para los términos franquiciador, franquiciado, franquicia maestra o master franquicia, regional, individual, derecho de entrada, derechos de continuidad o de franquicia. El contrato de franquicia se convierte, por tanto, en la verdadera ley principal que deben cumplir tanto el franquiciador como el franquiciado, y donde se estipulan verdaderamente las obligaciones de ambas partes. Esto basado en el Art. 1588 del Código Civil del Ecuador (Registro Oficial 46, 2005) que indica que “todo contrato es ley para las partes”.

En el Capítulo VI de la Constitución de la República del Ecuador –ley suprema garantista de los derechos-, en su art. 66 numeral 15, reconoce:

El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Con dicho precepto tienen garantizado todos los ciudadanos que habitan en el Ecuador a ejercitar cuantas actividades comerciales quieran, siempre y cuando respeten y nunca vulneren o violen garantías o derechos de las personas – ya sean estas naturales o jurídicas-. Además, la legislación ecuatoriana reconoce la libertad contractual, en la cual se da la posibilidad de celebrar contratos estructurados por el ordenamiento legal, es decir, que el objeto y la causa sean lícitos, y que los derechos y obligaciones constantes en el instrumento contractual no se contrapongan ni a la constitución ni a la ley. El ejercicio del consentimiento para obligarse, o para ejercer derechos, debe ser la expresión de la voluntad manifestada de forma libre y voluntaria en el documento llamado contrato. De esta manera, el artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano manifiesta:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”⁷¹³

En lo que respecta a la normativa comercial la situación es idéntica, en el marco de la legislación ecuatoriana mercantil, han pasado 180 años desde la vigencia del primer Código del Comercio Ecuatoriano⁷¹⁴, parte fundamental del derecho y, desde su creación hasta hoy, el tema de las franquicias sigue en blanco. Así, actualmente, las empresas franquiciadoras pueden imponer sus reglas, aún por encima de algunas de normas nacionales a los franquiciados, quienes asumen gran parte de la inversión y del riesgo⁷¹⁵. Ratificamos pues que el contrato de franquicia es totalmente atípico, y ante la evidencia jurídica internacional que lo regula en la mayoría de los países que lo utilizan se hace necesario entonces que El Ecuador, con fundamento a las disposiciones constitucionales invocadas y a las normas legales citadas, proceda a establecer un marco jurídico que armonice las relaciones entre franquiciantes y franquiciados,

⁷¹³ Normalmente –como estamos observando–, en el derecho comparado y hablando en términos jurídicos, las legislaciones han reconocido al sistema contractual de franquicia como mixto, catalogándolo como una adición o afinidad en un solo contrato, con diversas formas contractuales.

⁷¹⁴ Código de Comercio de 4 de noviembre de 1831.

⁷¹⁵ La ausencia de esta normativa, no ha dejado exenta de problemas a El Ecuador en el tema de franquicias, casos claros de estos problemas fueron los centros de alquiler y venta de CDs de música y películas, franquicias multinacionales a las que la falta de garantías legales en Ecuador, llevó inexorablemente a la quiebra de sus franquiciados en dicho país. Un ejemplo claro lo tenemos en la franquicia “Tower Records”, establecida en el Ecuador en 1990, y que en 2007 cerró sus puertas después de iniciar el proceso de liquidación de sus dos últimos locales a principios de mayo de 2012. Otro ejemplo clarificador de semejante problema lo protagonizó la conocida franquicia “Blockbuster” –especialista en venta y alquiler de películas–, cuyo primer lugar se estableció en 1995 y finalmente en 2004 tuvo que cerrar las mismas debido a las pérdidas y a los problemas suscitados por falta de normativa jurídica –o al menos de difusa interpretación–, entre franquiciador y franquiciados.

para ello se debe tomar como base los tratados o convenios internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial⁷¹⁶, de tal manera que su vigencia permita alcanzar el objetivo de contar con regulaciones claras en esta materia. Así pues, Ecuador está afectada en materia de franquicias ineludiblemente a la normativa internacional, la cual le proporcionará pautas y será acicate para en un futuro próximo –ya son varias las voces que sobre la misma se pronuncian-, iniciar un proceso de regulación jurídica específico al contrato de franquicia, el mismo que se encuentra materializado mediante la suscripción del Convenio de Inversión Extranjera con Italia, publicado en el Registro Oficial N° 537, de 4 de marzo de 2005, artículo 1, literales d) y e), referente a las inversiones que expresan:

d) *Derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, know-how, secretos comerciales, nombres comerciales y clientela;*

e) *Cualquier derecho económico al que tenga derecho por ley o bajo contrato y cualquier licencia y franquicia acordada de conformidad con las disposiciones vigentes sobre actividades económicas, incluyendo el derecho de exploración, extracción y explotación de recursos naturales.*

⁷¹⁶ Así la legislación ecuatoriana añade a su regulación toda esta normativa internacional, de tal forma que le ayude a regular-además de sus normas del derecho común y mercantil-, legislaciones que de una u otra forma si han plasmado en sus textos, normativas –en ocasiones de obligado cumplimiento, otras de referencia en relación a los contratos de franquicia-, como son: la Ley modelo sobre divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT de 2002; Ley 8955 de 1994 de Brasil; artículo 142 de la Ley de fomento a la propiedad industrial de México de 1991 (incluida la última reforma de 2010 y 2012); Ley de inversiones en franquicia del estado de California de 1971; Reglamento N° 4.087/88 de la comisión de la Comunidad Económica Europea de 1988; Real Decreto 201/2010 sobre franquicias en España; y la regulación sobre la administración de la franquicia comercial de 1997 en China (The regulation on the administration of commercial franchises), etc.,

Finalmente debemos señalar que en Ecuador al igual que la inmensa mayoría de los países tiene su propia asociación -Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores⁷¹⁷-, la cual fomenta, asesora y promueve, tanto los propios modelos de negocio ecuatorianos que deciden franquiciar sus negocios, como la inversión extranjera que elige Ecuador como segmento de mercado para implantar sus franquicias e invertir en este estado que según la propia Asociación –datos oficiales de la misma de 2012⁷¹⁸-, estima que mueve 15000 millones de dólares al año, y genera cerca de 70000 empleos, convirtiéndolo en un importantísimo motor de la economía ecuatoriana.

b) Chile

La normativa en materia de franquicias en Chile está en la misma dinámica que la mayoría de los países, su regulación ha sido nula, y se rigen por las propias normas del derecho común y comercial de dicho país, el régimen de la autonomía de la voluntad queda plasmado en los contratos realizados en Chile, y sus contratos, son su propia ley y los preceptos de obligado cumplimiento para ambas partes.⁷¹⁹

La duración de los contratos de franquicias de las empresas que operan en Chile, tiene un promedio de 7 años y son renovables por periodos similares. Los

⁷¹⁷ Asociación que nace a principios del año 2005 en la ciudad de Quito, mediante un lanzamiento de Expo Franchise y la Primera Feria de Oportunidades de Negocio y El Comercio Asociado de Ecuador, entidad sin fines de lucro, la cual tiene un reconocimiento internacional y un respaldo de las principales asociaciones internacionales –con idéntico objetivo de fomento, asesoramiento e impulso de la franquicia-.

⁷¹⁸ Asociación Ecuatoriana de Franquicias AEFRAN, recuperado el 9 de agosto de 2012, <http://www.aefran.org/index.html>.

⁷¹⁹ Vid. PINAUD, N., *Mercado de las franquicias en Chile 2006/2007*, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, 2007.

niveles de royalty total promedio son del 9% sobre las ventas, con un nivel de royalty operacional del 8,2% y un fondo de publicidad del 2,3%. Las franquicias chilenas tienen un periodo de recuperación de la inversión realizada rozando los 22 meses, y la utilidad promedio del formato en cuanto a beneficios alcanza el 25% sobre las ventas⁷²⁰.

E) Venezuela

Venezuela no es el único país en el que se manifiesta lo que podíamos denominar una "multi regulación" con respecto a las franquicias, ya que más bien son excepciones -como ya hemos señalado-, en los que existe una legislación específica sobre la materia al punto de contar con una "Ley de Franquicias". Esto podría suponer el interrogante de si es suficiente el conglomerado de normas existentes -y que por no existir Ley de Franquicias, son aplicables-, para aventurarse y decidir implantar este modelo de negocio, y claramente la respuesta sería negativa, aunque de acuerdo con la experiencia internacional, las franquicias irán buscando su propia identidad normativa de conformidad y en paralelo a sus necesidades jurídicas.⁷²¹

Haciendo una breve referencia a la normativa regulatoria -que no específica-, son varias las leyes que efectivamente y conjuntamente regulan las franquicias, ya que el fin último, es el inicio de operaciones comerciales con las

⁷²⁰ El mercado de las franquicias en Chile genera ventas estimadas por 1.800 millones de dólares al año, monto que triplica las ventas estimadas de hace 5 años, representando cerca del 10 del PIB total del comercio. Se estima que el mercado genera hoy cerca de 45.000 puestos de trabajo, un 40% más que hace cinco años.

⁷²¹ *Vid.* SIGUÉ, S. P. y REBOLLEDO, C., "La franquicia en Colombia: ¿una alternativa a la escasez de recursos o una opción para aumentar la eficiencia?", *Management International*, Vol. 8, Nº 2, 2004, págs.15- 24.

implicaciones jurídicas y económicas que ello implica. Debemos señalar que no existe regulación específica, pero ello no acarrea necesariamente una disminución en la seguridad jurídica del negocio; en primer lugar y como norma Suprema Venezuela tiene su propia Constitución, donde expresamente anuncia el derecho de los venezolanos a dedicarse a la actividad económica de su preferencia; su Código Civil dispone de todo un articulado regulatorio de los Contratos en general- en donde indudablemente se encontrarían los contratos de franquicia-, de las obligaciones entre partes y la capacidad legal de los ciudadanos; su Código de Comercio, expone todo un sistema aplicable a las actividades mercantiles en general -y recordemos que la esencia de las franquicias es el desarrollo de actividades de tal naturaleza-; también es destacable su normativa sobre Propiedad Intelectual, si tanto hemos nombrado la imperante existencia de licencias sobre la marca, en algunos casos de patentes de invención y hasta derechos de autor en las relaciones de franquicias, pues es inmediata la aplicación de todos los textos jurídicos que en Venezuela tienen injerencia al respecto⁷²²; un conjunto de Leyes y Ordenanzas Tributarias, impactan en los negocios operados bajo el formato de franquicias⁷²³; al igual que la normativa laboral donde incluiríamos la propia Ley del Trabajo Venezolana⁷²⁴; y por supuesto

⁷²² Como es el caso de la Ley de Propiedad Industrial de 10 de diciembre de 1956, Nº 25227, Ley de Derecho de Autor, la Normativa Andina referente a la materia, etc.

⁷²³ Así tenemos el obligado cumplimiento por parte del franquiciador o franquiciado de hacer frente –independientemente del tipo societario empleado por parte de los contratantes o la forma jurídica a adoptar o revestir este modelo empresarial de negocio-, al Impuesto sobre la Renta, (I.S.L.R.), Impuesto a los Activos Empresariales, Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), Patente de Industria y Comercio (P.I.C.).

⁷²⁴ Además de esta normativa general que responde a la Ley General del Trabajo Venezolana, de 30 de abril de 2012, será de obligado cumplimiento por las partes firmantes del acuerdo empresarial; la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), Seguro Social, Política Habitacional, etc.

–como en toda la normativa internacional. Regulando todo lo concerniente a las prácticas del mercado que puedan derivar en restricciones de la competencia-, será de obligado cumplimiento la denominada: Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia – Procompetencia, limitando en esta Ley que aquellas empresas franquiciadas competidoras (actos horizontales) o relacionadas en cadena de producción y comercialización (actos verticales) acuerden precios, se repartan zonas de mercado o se aprovechen de su posición dominante para disminuir a terceros⁷²⁵, los contratos de franquicia se inscribirán ante el Instituto Venezolano de la Propiedad Intelectual y no podrá contener cláusulas restrictivas del comercio y cumplir con lo dispuesto en el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías⁷²⁶.

"Y es que incluso si el gobierno implementa eventualmente un control de cambios las actividades de franquicias también se verían afectados por dicha normativa al igual que otros tipo de figuras mercantiles. Es que las franquicias no son más que una modalidades de hacer negocios, que un sistema jurídico no es una u otra ley solitaria sino todo un sistema integrado y amplio, que el hecho de tener o no una Ley no hace el sector mas inseguro (o es que son pocas las leyes que se nombraron), que las franquicias son un formato genérico dentro del que se manifiestan actividades muy diversas, que en el mercado funge igualmente como

⁷²⁵ La propia Superintendencia Procompetencia dictó los lineamientos para la Evaluación de los Contratos de Franquicias (Gaceta Oficial N° 35.865 del 07 de Enero del 2000), en lo que expone su reflexión oficial acerca de los límites permitidos en esta materia.

⁷²⁶ Existe indudablemente más normativa que incide de manera directa para todos las franquicias ubicadas en territorio Venezolano como; la Ley de Protección al Consumidor, la normativa en materia aduanera para las franquicias que realizan actividades de importación o exportación, la normativa sanitaria para las que les sea aplicable a sus productos, la normativa de telecomunicaciones a aquellas que sus productos o servicios sean relativos al sector, etc.

agente regulador. En fin, no se trata de un "desorden jurídico", como algunos han descrito, sino una regulación integral, genérica y concatenada".

Para terminar con esta breve –pero importante referencia por lo que respecta a la nueva normativa de 2014, que tanto, por desgracia, influirá en el devenir del sector franquicias, y por ende en el consumo de usuarios y consumidores venezolanos-, auguramos que Venezuela tiene un futuro demasiado incierto, y si queremos aventurarnos más, de muy difícil y casi nos atreveríamos a decir, inexistente crecimiento en este sector⁷²⁷. La causa es clara, desde hace años los empresarios venezolanos tienen dificultades para pagar dividendos o royalties a las casas matrices debido a las restricciones impuestas por el control cambiario, y eso se ha convertido en una barrera de entrada para nuevas marcas⁷²⁸.

a) La franquicia en Venezuela tras la nueva Ley Orgánica de Precios Justos, de 23 de enero de 2014.

Pero el principal factor que explica el panorama tan negativo de las franquicias en Venezuela lo constituye, la Ley Orgánica de Precios Justos⁷²⁹ -la cual establece penas de cárcel para los empresarios que incurran en alguna infracción, lo cual inhibirá posibles nuevas inversiones franquiciadas en territorio

⁷²⁷ Únicamente predecimos –siempre desde nuestra modesta opinión, seguramente arriesgada-, que las únicas "empresas franquiciantes" que esperamos crezcan, serán las constituidas por productos o servicios de negocios propiamente venezolanos –se acabarán las inversiones extranjeras en este sector al país-, que decidan exportarse a otros países –por cualquiera de los sistemas de distribución utilizados, ya sean propios o mediante la figura de los master-franquicia.

⁷²⁸ *Vid.* RIERA, A., "Realidad Jurídica de las Franquicias en Venezuela", Venezuela, 2001, pág.20.

⁷²⁹ La Ley Orgánica de Precios Justos, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.340, de fecha 23-01-2014.

venezolano-, las dificultades que atraviesan los centros comerciales, la Ley Orgánica del Trabajo – impone cargas laborales a las empresas en un momento en que "no hay mercancía"-, y la imposibilidad de realizar las importaciones con la agilidad requerida completan una mezcla dañina. Es fundamental –y por desgracia para el sector de la franquicia-, la revisión del modelo económico que está surgiendo en estos días en Venezuela⁷³⁰. Tras la lectura de la reciente Ley Orgánica de Precios Justos y su Providencia Administrativa N°003/2014, las franquicias así como los centros comerciales donde se encuentran ubicadas, podrían encontrarse afectadas en referencia al perfeccionamiento de los contratos, ya que el enfoque de la ley constituye una amenaza contra el libre perfeccionamiento diseño y negociación de los acuerdos verticales, entre los cuales, las franquicias constituyen en solo uno de sus tipos o formas, e igualmente una visión del control de los precios -especialmente basada en estructura de costos-, pueden dificultar prácticas de tarificación, precios y de comercialización propias y típicas de los centros comerciales y de las franquicias –aunque estas prácticas no se encuentren en conflicto alguno con el interés público-⁷³¹. Luego

⁷³⁰ A modo de ejemplo, señalar que de acuerdo a los primeros análisis que han realizado, se está comprobando tardanza en el plazo que transcurre entre la adjudicación y la liquidación de las divisas, además algunos sectores señalan la "discrecionalidad" en las asignaciones, resaltando que se desconocen los criterios de entrega, así como los montos transados.(Cfr. EL UNIVERSAL - Noticias de Venezuela y del Mundo-, documento recogido en internet el 10 de septiembre de 2014, en <http://www.eluniversal.com/economia/140407/>).

⁷³¹ Los contratos de arrendamientos comerciales y los contratos de franquicia suelen coincidir en que constituyen contratos con tarifas en dos partes o no lineales, este tipo de contratos suele evitar la externalidad vertical negativa conocida como doble marginación, porque suele incluir cláusulas o figuras como los royalties -o los también llamados, lumpsum fees-, los cuales evitan márgenes sucesivos y permiten reducir el componente variable del costo en el control. Un control de precios basados en estructura de costos con prohibiciones absolutas y erradas contra las ventas atadas, podría dificultar estrategias comerciales y de tarificación comunes como las tarifas en dos partes y los empaquetamientos o combos –especialmente relevantes por ejemplo en las franquicias de comida-. Dichas estrategias suelen estar basadas en valor y

podemos afirmar que ante toda esta problemática el futuro de la franquicia no parece muy halagüeño en este sector en Venezuela.

F) Uruguay

La codificación parece haber perdido sentido en tiempos en los que, como los actuales, el vértigo impregna de su vorágine a los cambios sociales y económicos de manera que puede resultar completamente ilusorio el rédito que pueda llegar a producir hoy en día la faena de preordenar normativamente la regulación de las situaciones jurídicas de relevancia atingentes a los vínculos interindividuales y aún intercolectivos a los que dedica su objeto de conocimiento y de regencia el Derecho Privado en general y el Derecho Civil en particular.⁷³²

Indudablemente estas palabras del maestro –CAUMONT-, son fiel reflejo de lo que ocurre tanto en la Codificación mundial en general, como en la República del Uruguay en particular. Observamos igualmente como en el Uruguay, se está asistiendo en los últimos años, a un proceso de cambio donde el comercio tradicional independiente, deja paso a nuevas fórmulas de asociación, y el cambio estructural ha ampliado, más notoriamente en países desarrollados el panorama de formas de distribución con algunas aristas particularidades; disminución del comercio de pequeñas dimensiones, vertiginoso avance de formas más competitivas en el comercio e incorporación de capitales extranjeros en la nueva estructura de comercialización.

no deben encontrarse limitadas o prohibidas, ya que pueden encontrarse alineadas con el interés público.

⁷³² *Vid.* CAUMONT CLAVERIO, H.A., “Codificación y Racionalidad: el Derecho Inteligente”, prólogo de la obra, *Código Civil De la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado* (Dir. MARIÑO LÓPEZ, A.), Edit. La Ley Uruguaya, Montevideo, 2009.

El maestro del derecho ROCCO enseñaba magistralmente, observando la vocación progresista del Derecho Comercial, que los progresos de la actividad productiva, modifican incesantemente las relaciones reguladas por el derecho, dándole forma y un nuevo aspecto que es necesario acompañar observando atentamente la práctica mercantil, “el comercialista debería mediante un paciente trabajo de inducción –prosigue Rocco-, recoger conceptos y normas generales no sólo en el campo del Derecho comercial propiamente dicho, sino también en el Derecho civil y llegar finalmente a la determinación de los principios generales, comunes a todo el sistema”. Coincidimos plenamente en dicha afirmación y a la vez aportamos, como en nuestro derecho, una de las características fundamentales que tiene en ocasiones es el informalismo, donde la rapidez en la evolución en la contratación constituye su elemento sustancial, y se hace imprescindible que una buena dosis de flexibilidad en los instrumentos técnicos jurídicos esenciales para su desenvolvimiento, los Tribunales han generado en muchos aspectos y a través de sus pronunciamientos nuevos puntos de vista y diversas interpretaciones , validando de alguna manera estas nuevas modalidades contractuales, aunque con prudencia, legitimados por la necesidad de fallar en los asuntos puestos a su consideración aunque no exista una norma legal expresa para el caso. En Uruguay existen una amplia gama de contratos –entre los que se encuentra la franquicia⁷³³-, que no están expresamente previstos por la ley, por cuando han sido modernas figuras⁷³⁴ que se han desarrollado a impulso de

⁷³³ Vid. CAFFERA, G., "Franchising: un estudio acerca de su régimen jurídico", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVI, págs. 341-353.

⁷³⁴ Vid. LORENZETTI, R., "Contratos modernos: ¿conceptos modernos?", en *Revista Asociación de Escribanos del Uruguay*, Tomo 82 (1 a 12), 1996, págs. 42 y ss.

necesidades de mercado. Dado que no existe regulación específica⁷³⁵, consideramos que se incluye dentro de los contratos atípicos cuya base está dada por el principio de la autonomía privada. Así vemos que en ocasiones la actividad del hombre provoca, en definitiva, el desbordamiento de la tipología creada por el legislador, pero éste no debe operar de freno al curso normal del tráfico jurídico ya que el principio de la autonomía de la voluntad no es estático, sino que se adapta a las diferentes realidades y requerimientos de la comunidad en un tiempo histórico; permite el reconocimiento por parte de la ley de la libertad del individuo en el ámbito de sus relaciones jurídicas con otros sujetos⁷³⁶.

Todos los mercados en la República del Uruguay están regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por la ley 18.159, por razones de interés general⁷³⁷; así se prohíben para las franquicias, el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia

⁷³⁵ Vid. RODRÍGUEZ RUSSO, J., "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIX, págs. 533-545.

⁷³⁶ Lo que no puede negarse es que la existencia de tipos contractuales atípicos, constituyen la suprema manifestación del principio de la autonomía privada. Como dice MESSINEO, F., "Doctrina general del contrato", *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1954; // *contrato in genere*, Tomo I, Milán, 1973.; "la existencia de tipos contractuales atípicos es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en partes inmutables, sino que está en perenne movimiento, y cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica, tanto mayor será el número de las nuevas figuras contractuales".

⁷³⁷ Cfr. Ley N° 18.159, de promoción y defensa de la competencia, publicada D.O. 30 julio de 2007, N° 27288.

actual o futura en el mercado relevante⁷³⁸. Por lo tanto todas los modelos de negocio de franquicia, ya estén constituidos por personas físicas o jurídicas, estarán obligados a regirse por los principios de la libre competencia, e igualmente estarán obligados, los que realicen actividades en el extranjero en tal concepto, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en territorio uruguayo.

a) La Ley 18.159 y la franquicia

Existen determinadas prácticas prohibidas para las franquicias en Uruguay, –art.4 de la Ley 18.159- , y tales son; concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva; limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores; aplicar injustificadamente a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia; subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos; coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados; impedir el acceso de competidores a infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos; obstaculizar

⁷³⁸ A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas, -según el art.2 de la Ley 18.159-, el órgano de aplicación correspondiente, podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia.

injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo; establecer injustificadamente zonas o actividades donde alguno o algunos de los agentes económicos operen en forma exclusiva, absteniéndose los restantes de operar en la misma, y; rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.

A efectos de evaluar si una práctica realizada por una franquicia pudiera afectar a las condiciones de competencia, debería determinarse cuál es el mercado relevante en el que la misma se desarrolla⁷³⁹. E igualmente para realizar cualquier tipo de concentración económica –entre distintos sectores de la franquicia-, deberá obligatoriamente ser notificado al órgano de aplicación, al menos diez días antes de la celebración del mismo por las empresas franquiciadoras participantes, siempre y cuando se dé por lo menos una de las condiciones siguientes:

- Cuando como consecuencia de la operación se alcance una participación igual o superior al 50% (cincuenta por ciento) del mercado relevante.

- Cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a UI 750:000.000 (setecientos cincuenta millones de unidades indexadas).

Como reflexión final señalar que la franquicia es el modelo de expansión más utilizado por las empresas a nivel internacional, y la mayoría de los empresarios que lo adoptan destacan sus beneficios. Sin embargo, en Uruguay el

⁷³⁹ Y ello implicaría analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda. El órgano de aplicación establecerá los criterios generales para la determinación del mercado relevante.

modelo tiene menos de veinte años de edad y tampoco cuenta con la ansiada regulación legal –que tal contrato merece-, ⁷⁴⁰ pero tímidamente, la franquicia va extendiéndose en el mismo, y actualmente ocupa a más de 60.000 uruguayos. Luego auguramos a la franquicia un futuro esperanzador –y que vaya evolucionando al ritmo de los demás países-, ya que ello será consecuencia de que este modelo viable para el crecimiento económico sustentable de empresas y colectivos, demostrará lo fortalecidas que son las verdaderas redes comerciales, impermeables a los problemas que podría enfrentar los negocio en solitario, e incitarán al autoempleo, y por ende, la ansiada creación de empleo, bases para el sostenimiento económico de cualquier país.

G) Cuba

Cuba, carecía de legislación específica referente a los acuerdos consolidados de franquicia, pero finalmente el Ministerio de Turismo, dictó el 16 de enero de 2004, la Resolución N° 9, que establecía las Directrices del Sistema de Turismo para el Desarrollo de la estrategia en materia de marcas y otros signos distintivos –única referencia normativa a que se podían acoger las franquicias establecidas allí, tanto propias como de inversionistas extranjeros-, y un poco más

⁷⁴⁰ La franquicia en este país no es reductible a ninguno de los tipos contractuales ya legislados su ordenamiento jurídico, se ubica irreductiblemente en la categoría de los contratos atípicos mixtos o complejos, ya que la Franquicia implica en sí misma un contrato de distribución, suministro, concesión, adhesión, licencia de uso de marca o nombre comercial, este compendio de contractuales, es quizás lo que le proporciona homogeneidad a la franquicia. Miremos positivo como decía el maestro MESSINEO, y veamos la existencia de este tipo de contratos denominados, atípicos -aun faltando su regualción legal-, como la existencia de tipos contractuales de este tipo. Es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en partes inmutables, sino que está en perenne movimiento, y cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica, tanto mayor será el número de las nuevas figuras contractuales.

adelante –y de manera más concreta y específica-, en concreto el 16 de febrero del 2006, la Resolución N° 30, la cual disponía la política de desarrollo de las Franquicias Turísticas cubanas y las indicaciones generales para las negociaciones, firma y control de los Contratos de Franquicias en las entidades subordinadas al Ministerio del Turismo.

El origen de la implantación de estas nuevas resoluciones estaba claro, en Cuba, y en concreto a través de su Ministerio de Turismo, el cual observaba la proliferación de uno de sus principales reclamos turísticos a nivel de hostelería –la Bodeguita del Medio-, implantado en más de 60 países del mundo con establecimientos similares –sino idénticos-, y ese boom de la imagen de Cuba daba lugar a que en las ciudades más importantes del mundo aparecieran restaurantes anunciados como cubanos, con nombres que permitían asociarlos a la Isla – y en los que incluso no siempre se brindaban platos de cocina cubana-, así el panorama que se presentaba era claro y patente, las más auténticas y famosas marcas cubanas, su promoción y su divulgación, estaban siendo disfrutadas por personas ajenas a los intereses de la Isla, lo que le llevo al citado Ministerio a llevar a cabo el desarrollo de un esquema de Franquicias, dirigido a los sectores de restaurantes y clubes nocturnos y famosas marcas cubanas, su divulgación y la promoción de su notoriedad, estaban siendo disfrutadas por personas ajenas a los intereses de la Isla, algunos de sus propietarios incluso habían registrado la Marca a su favor. Por ello, y ante dicha situación se dio a la tarea de ejecutar una serie de acciones estratégicas para el rescate del valor político-cultural y patrimonial de las marcas y también para la comercialización que su prestigio permitía en el mercado internacional, y entre ellas destacaron: el desarrollo de un proceso de financiamiento y autofinanciamiento para la búsqueda, el registro, el rescate o la reivindicación de las Marcas cubanas más auténticas y representativas de su restauración; su divulgación y la promoción de su notoriedad, en función de los intereses del país; la coordinación y concertación

de acuerdos de colaboración con alrededor de 30 empresas cubanas para su posible incorporación como suministradores oficiales de los establecimientos franquiciados.⁷⁴¹

A pesar de todas las acciones realizadas, actualmente operan en Cuba como Franquiciadores las Franquicias: La Casa del Habano, Tocooro, Floridita y La Bodeguita del Medio. Independientemente de resultar tan pocas, en Cuba no existe norma prohibitiva alguna a este tipo de negocio jurídico. Lo que sí existe en Cuba son condiciones socio-económicas muy diferentes al resto de los países. Es un hecho que el Contrato de Franquicia surgió y se desarrolló en las relaciones capitalistas de producción. La titularidad del activo de propiedad intelectual de que se trate el negocio, pertenecerá en la generalidad de los casos a un particular, cuyos intereses habrá de proteger de la manera que considere. En Cuba la titularidad del activo pertenece siempre al Estado, representado por la empresa a nombre de la cual fue protegido y los intereses a defender no son sólo de ésta, sino de toda la sociedad y referidos no sólo a su carácter patrimonial, resulta también importantísimo el valor político-cultural de los mismos. Por otra parte, el nivel de operatividad y decisión de los gerentes y directivos también queda condicionada a esta situación.

a) La Resolución N° 30 de 2006 sobre políticas de desarrollo de la franquicia

Tras lo expuesto es latente que la regulación específica de esta figura se hace necesaria en este contexto cubano. Es también un hecho que como en la mayoría de los países creen sus propias Asociaciones de Franquicias, que tratan

⁷⁴¹ Entre ellos: Havana Club Internacional, Industria del Mueble, Industria Cervecera; las empresa "Dulces Conchita", "Tropical Island", "Cítricos Caribe", "Caribex", y con "Habanos SA", además de incorporar relaciones de trabajo con instituciones tales como: Cubatécnica, Ministerio de Cultura, Fondo de Bienes Culturales, Cubana de Aviación, Publicitur.

de suplir la ausencia de legislación aplicable con Códigos de ética, que aun cuando su cumplimiento no resulte imperativo constituye una guía para la negociación, concertación y funcionamiento de las Franquicias. Pero esto igualmente es una excepción en Cuba, ya que carece de dicha Asociación, luego el inversionista o emprendedor que decida desarrollar su negocio en Cuba debería conocer en primer lugar si la parte cubana está subordinada al Ministerio del Turismo o no, ya que si la entidad está subordinada a este Ministerio y ocupa la posición de Franquiciador, la negociación, concertación y control del negocio se regirá por las Indicaciones Generales dispuestas por ese Ministerio mediante la citada Resolución N°30 de 2006, que establece la política de desarrollo de las Franquicias Turísticas cubanas y las indicaciones generales para las negociaciones, firma y control de los Contratos de Franquicias en las entidades subordinadas al Ministerio del Turismo. En el caso de que ocupe la posición de Franquiciado, en este caso y según consta en la misma “los expedientes se canalizarán en forma puntual” (por ese Ministerio) y “teniendo en consideración las peculiaridades y requerimientos de cada caso”. Se infiere, por tanto, que la redacción y contenido del contrato no tiene que ajustarse a la norma antes mencionada, aunque sí al procedimiento para su aprobación. En el caso contrario de que la parte cubana esté subordinada a otro Ministerio, entonces el empresario tendrá que remitirse a las normas generales de contratación –Código Civil y de Código de Comercio-, y como el contrato de Franquicia es una de las formas de Transferencia de Tecnología, será necesario igualmente remitirse a las regulaciones dispuestas para ello.

H) Argentina

Al igual que otros países, la legislación argentina no regula específicamente el contrato de franquicia, aunque sí está promoviendo su legislación de

franquicias, al igual que el de las agencias comerciales y las empresas distribuidoras⁷⁴².

Pero esta nulidad de normativa específica hasta hoy, no excluye otra normativa de carácter general –y obligatorio para todas las empresas franquiciadoras y franquiciadas-, como lo constituyen en primer lugar su propia Constitución Nacional⁷⁴³, en concreto en su artículo 19 cuando cita: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”⁷⁴⁴.

Igualmente, el Código Civil Argentino⁷⁴⁵, en su artículo 1.197, establece que “los contratos obligan a las partes como la propia ley”; es decir, que lo que las

⁷⁴² “Con la nueva Ley –según La Asociación Argentina de Marcas y Franquicias-, se dará un gran impulso al sector que viene creciendo a grandes tasas sin una normativa que organice la actividad. Esta nueva ley provocaría una importante reactivación del sistema de franquicias que establecería límites, derechos y deberes básicos tanto de franquiciantes como franquiciados”.

⁷⁴³ La Constitución Nacional de Argentina, fue sancionada por el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1853, reformada y concordada por la convención nacional *ad hoc* el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.

⁷⁴⁴ Conocido como, principio de legalidad.

⁷⁴⁵ El Código Civil Argentino, aprobado el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley N° 340, entró en vigor el 1 de enero de 1871. Indudablemente dicho Código ha sufrido distintas reformas y modificaciones, y en la actualidad está en proceso de aprobación el nuevo proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial en Argentina. En este sentido, *Vid.* PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. Javier, “El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, ISSN 1510-8090, N°.10, Uruguay, 2013, págs. 381-402; donde exponíamos sin entrar ahora, por ser ajeno a nuestra intención en este momento, en un estudio de las distintas posiciones doctrinales sobre, “la necesidad de la unificación, sobre el modo de llevarla a cabo o sobre su intensidad, lo cual podría traer consigo incluso la propia desaparición del Derecho especial”. Es cierto que se está tendiendo por el camino de la unificación –como relatábamos-, pero creemos que si ésta llegara a realizarse, siempre existiría un ámbito que parece reservado al Derecho mercantil, en cuanto que habría que introducir ciertas

partes acuerden entre ellas, lo deben cumplir⁷⁴⁶; obligatorio es el cumplimiento de la normativa de libre competencia de mercado y defensa a la competencia⁷⁴⁷, en donde en el artículo 41 describe las conductas antijurídicas: “celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre los competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovechamiento”.

En lo que respecta a una competencia desleal, el franquiciado puede caer en esta figura jurídica con el franquiciante en diversos momentos -tanto mientras dure la relación contractual como, una vez finalizada ésta, y no precisamente su incumplimiento tendrá sanciones leves⁷⁴⁸-, así durante la vigencia del contrato de franquicia es evidente que el franquiciado no puede tener contacto alguno con las empresas competidoras del franquiciante; ni para la celebración de acuerdos del sistema de precios u otros aspectos, esta facultad corresponderá en exclusiva al

matizaciones a la regulación individual de los contratos cuando fuesen realizados en masa o en el seno de la actividad profesional de una empresa, sin dejar de indicar que habría contratos que sólo funcionarían entre empresas.

⁷⁴⁶ Principio de autonomía de la voluntad.

⁷⁴⁷ Ley N° 25.156 de 25 de agosto de 1999 de Defensa de la Competencia (modificada en último lugar por Decreto N° 396/2001).

⁷⁴⁸ En este sentido ITURRALDE, destaca que la competencia desleal no llega a configurar un delito en el Código Penal, pero que sí será sancionada por la ley 22362 que dice: “será reprimido con prisión de tres meses a dos años pudiendo aplicarse además una multa quienes: a quien falsifique o emita fraudulentamente una marca registrada o una designación; el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; el que ponga en venta, venda una marca registrada o una designación falsificada; el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada”. Así, afirmamos de nuevo que en este sentido, es importantísimo para el éxito de un buen contrato de franquicia - como ya citábamos en la Sección de la “Negociación Contractual”-, que las partes pudiesen prever cláusulas penales para el caso de violación de alguna de las obligaciones del franquiciado.

franquiciante, será conveniente pues –como hemos expuesto en el Capítulo III, Sección XIV, “Negociación Contractual” de la presente tesis- pactar restricciones a la actividad del franquiciado una vez concluido el contrato, restricciones que no pueden ser absolutas y deben limitarse a un tiempo y zona determinada, que deberá estar prefijada contractualmente⁷⁴⁹.

a) El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos”

Como exponíamos –en nuestro artículo citado con anterioridad⁷⁵⁰-, el contrato de franquicia pasaría a estar legislado, en el futuro Código Unificado – futuro que estos días se ha convertido en una realidad, ha sido aprobado y entrará en vigor el 1 de enero de 2016-, en el Libro Tercero llamado “Derechos Personales”, en su Título IV “Contratos en particular”, y en el capítulo 19 “Franquicia”, comprendiendo desde el artículo 1512 al 1524.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ Distinta es la ya citada, “obligación de guardar secreto respecto al contenido del manual de operaciones”, en este caso, dicha obligación será por tiempo ilimitado.

⁷⁵⁰ *Vid.* PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. Javier, “El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación...op.cit., 2013, págs. 385 y ss.

⁷⁵¹ El contenido de los mismo es; art. 1512: Conceptualización (en el mismo artículo se establecería los requisitos que debe cumplir el franquiciante y un plazo mínimo de duración). Art. 1513: Definiciones, hace precisiones acerca de conceptos tales como franquicia mayorista, franquicia de desarrollo y sistema de negocios. Art. 1514: Obligaciones del franquiciante: proporcionar información sobre la evolución de ese tipo de franquicia, comunicar los conocimientos técnicos, entregar manual de operaciones, proveer asistencia técnica, si la franquicia comprende provisiones de bienes o servicios se deberá asegurarlas, defender y proteger el uso por el franquiciado, entre otras obligaciones. Art. 1515: Obligaciones del franquiciado: desarrollar de manera efectiva la actividad, cumplir con el manual de operaciones, proporcionar la información que le requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo del negocio, abstenerse de actos que pongan en peligro la identificación o prestigio de la franquicia, mantener la confidencialidad de la información caracterizada como reservada (esta obligación subsiste luego de expirado el contrato), y, por último, cumplir con las

Al igual que en el Proyecto anterior, se establece la necesidad de que el franquiciante sea titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tenga derecho a su utilización y transmisión al franquiciado. Se agrega, en el presente Proyecto, que el franquiciante no puede tener participación accionarial de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado y que el plazo no puede ser inferior a dos años. En este punto, advertimos una cierta incongruencia, dado que al plazo mínimo de dos años establecido en el artículo que estamos analizando, es decir, el 1512, se le agrega lo dispuesto en el artículo 1516, que, bajo el título: "Plazo", establece la aplicación del artículo 1506, primer párrafo, del contrato de concesión, que, como ya dijimos, prevé un plazo mínimo de cuatro años. También, en el citado 1516, se consigna la posibilidad de pactar un plazo inferior (suponemos que inferior a cuatro años y no a dos) en situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. En el artículo 1520 -al igual que en el Proyecto anterior- se refuerza la idea de la independencia jurídica de las

contraprestaciones comprometidas. Art. 1516: Plazo aplicable, mínimo, vencimiento y prórrogas. Art. 1517: Establece las Cláusulas de exclusividad para ambas partes. Art. 1517: Establece las Cláusulas de exclusividad para ambas partes. Art. 1518: Otras cláusulas a aplicarle, excepto convención en contrario. Por mencionar una, el franquiciado no podrá ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato. Art. 1519: Cláusulas nulas. No serán válidas aquellas que prohíban al franquiciado cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante del art. 1512, por ejemplo. Art. 1520: Responsabilidad, establece que las partes son independientes y que entre ellos no existe una relación laboral. Art. 1521: Responsabilidad del franquiciante por los defectos de diseño de sistema que causen daños al franquiciado, siempre que éste haya actuado sin negligencia o dolo. Art. 1522: Extinción del contrato, reglas que lo rigen. Art. 1523: Derecho de la competencia. No debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o la distorsione. Art. 1524: Casos que comprende: y su aplicación a otros compatibles.

partes, al señalar que no existe relación laboral entre ellas y en consecuencia, se establece que, salvo disposición legal expresa en contrario, el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado. Además, se consigna que los dependientes del franquiciado no lo son del franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral y finalmente, se prevé que el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia. Asimismo, se establece la necesidad del franquiciado de identificarse adecuadamente como tal, sin interferir con ello, en la identidad común de la red franquiciada y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte. Párrafo aparte merece la mención de la responsabilidad del franquiciante por los defectos de diseño del sistema, que causen daños probados al franquiciado, y que no sean ocasionados por la negligencia grave o dolo de éste. Este artículo, el 1521, en el Proyecto anterior sólo establecía la responsabilidad del franquiciado por defectos del diseño del sistema, sin más especificaciones. En esta oportunidad, se aclara ante quién responde y sus eximentes. Se regulan las causas de extinción del contrato: por muerte o incapacidad de cualquiera de las partes y se establece la imposibilidad de resolver el contrato sin justa causa dentro del plazo de vigencia original pactado entre las partes y declara aplicables las normas de los artículos 1084 y siguientes, referidas a la resolución por incumplimiento. Asimismo, se establece que los contratos con plazo menor a tres años justificado por razones especiales quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo.

Igualmente en Argentina, se crea la Asociación Argentina de Franchising (Noviembre de 1989) con el fin de promover el estudio y la divulgación de las franquicias, y aplicar y desarrollar sus organizaciones en el país. La AAF es Miembro Plenario de la International Franchise Association, Miembro de Fundador y Director del World Franchise Council, y miembro fundador de la Federación Iberoamericana de Franchisee.

I) Brasil

El régimen jurídico Brasil sí es específico a la franquicia, así mediante la disposición 135/97, emitida por el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial, el 15 de abril de 1997⁷⁵², estableció las normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia. Como antecedente a esta norma, el estado brasileño ya había dictado en diciembre de 1995⁷⁵³, la Ley 8955, que define a la franquicia en los siguientes términos:

“una franquicia de empresa es un sistema por medio del cual el franquiciante cede al franquiciado el uso de una marca o patente asociado con el derecho de usar una tecnología para la ejecución y administración de cualquier sistema operativo de negocios desarrollado y de propiedad del franquiciante,

⁷⁵² Mediante dicha disposición se aplican los procedimientos para la inscripción o registro de la transferencia de tecnología y acuerdos de franquicia, ambos de acuerdo con la LPI y la legislación complementaria. Los requisitos que exponen el mismo y son de obligado cumplimiento son, en primer lugar se deberá registrar o grabar, en su caso, los contratos relativos a la transferencia de tecnología, comprendido los derechos de licencia (de explotación de la patente o el uso de marcas comerciales) y la adquisición de conocimientos tecnológicos (que proporciona tecnología y servicios asistencia científica y técnica), y franquicias contratos; a continuación el contrato, “debe indicar claramente su objetivo, la compensación o “regalías”, el plazo de vigencia del contrato y, en su caso, y otros términos y condiciones de empleo”; en otro orden, la solicitud de registro de las franquicias o inscripción de las mismas se presentarán, “en el formulario correspondiente, por cualquiera de las partes contratantes, junto con los siguientes documentos: el contrato –traducido a la lengua vernácula –cuando este escrito en otra lengua extranjera y, una carta explicativa que justifique el propio contrato, el comprobante de los derechos de pagos correspondientes y, otros documentos que las partes estimen convenientes”.

⁷⁵³ Lei Nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994 - Dispoe sobre o acuerdo de franquia empresarial ("franchising"), e dá outras providências. Entró en vigor sesenta días después de su publicación oficial.

contra el pago de una remuneración directa o indirecta sin que ello implique un vínculo laboral”.

Cualquier empresario que utilice dicho sistema de negocio deberá postular una “circular” de oferta de la franquicia que va a ofrecer, y ésta deberá ser entregada al menos con 10 días de antelación de la ejecución del contrato –del previo preacuerdo contractual o incluso, antes que la entrega de cualquier suma de dinero-, curiosidad de este contrato, es que ha de ser firmado por al menos dos testigos para su validez absoluta y, posteriormente, inscrito en un registro –creado para estos contratos-.

Brasil creó igualmente su Asociación de Franquiciadores, con el objetivo de impulsar el crecimiento del sistema de franquicias de Brasil, un mercado que hoy en día se ha posicionado como el 5º más importante a nivel mundial y que acoge más de 1.100 enseñas que operan a través de más de 70.000 establecimientos. Además, junto con México, es el mercado latinoamericano más potente en relación a la franquicia, y uno de los destinos más interesantes para las enseñas españolas más allá del Atlántico, aunque las cuestiones tributarias y fiscales, junto con la morosidad de los órganos públicos, son los mayores desafíos que se encuentran los inversionistas –por ejemplo, españoles-, para implantarse en dicho mercado. Pero debemos recordar que el sector opera en base a una Ley Federal de Franquicias, y que paulatinamente llama cada vez más la atención del Gobierno como un modelo de crecimiento sustentable de las pequeñas y medianas empresas, y un importante generador de empleo y renta.

2. CONTINENTE ASIÁTICO

La desigualdad en dicho continente se diferencia en función de los países y zonas de implantación. En algunos países es muy prometedor, pero van a estar muy condicionados por el desarrollo político y económico que alcance el continente. Podemos distinguir dos grandes frentes; por un lado la Asia Oriental,

mercado de gran atractivo aunque con complejas regulaciones jurídicas, y cuya principal atractivo lo conforma su enorme población ya que más de la mitad de la población mundial, habita en esta zona. La clase media está en alza y los ratios de crecimiento económico son elevados y muy interesantes para inversores y extranjeros. Incluso uno de sus principales alicientes es que algunos de sus gobiernos, creen en este modelo de negocio, y están propulsándolo a su inversión, tanto para empresarios locales, como incluso extranjeros, introduciendo leyes, estableciendo organizaciones, y sobre todo, desarrollando programas para apoyar ese esfuerzo⁷⁵⁴.

Por otro lado, en cuanto a Asia Occidental, tiene la ventaja de tener grandes ingresos disponibles y una gran inclinación hacia los productos americanos y europeos, aunque esta imagen se está dañando con los conflictos bélicos en los que Estados Unidos y algunos países de Europa están participando. De todas formas estos mercados siguen estando poco desarrollados, aunque algunos gobiernos igualmente estén propulsando la franquicia y la inversión extranjera a través de leyes e incentivos, y sobre todo, levantando restricciones, y además la creencia de que la inversión extranjera es potencialmente beneficiosa, está ganando peso entre los hombres de estado, pasemos a ver sus distintas regulaciones:

⁷⁵⁴ RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., "La regulación de la franquicia en China", *DM*, N° 190-191, 2006; VIVIEN CHAU, J.P., "Franchising in china: un fair competition", *IJFL*, Vol.3, I.I, XXVI, 2005.

A) China

a) La Regulación de Franquicias: Regulation on the Administration of Commercial Franchises

La República Popular de China –además de ser el primer país del mundo por número de franquicias–, también irrumpió durante varios años con normas relativas a la franquicia⁷⁵⁵, hasta que finalmente en el año 2007, el Consejo de Estado de la República Popular China (“RPC”) publicó la Regulation on the Administration of Commercial Franchises (la “Regulación de Franquicias”) para establecer una norma básica que regulase el sector de las franquicias en la RPC⁷⁵⁶.

El gobierno chino se está esforzando en crear un ambiente favorable para el mercado de las franquicias comerciales, especialmente las de inversión extranjera. De hecho, en la última actualización del *Guideline Catalogue of Industries for Foreign Investment* (el “Catálogo de Inversiones”), efectiva desde el

⁷⁵⁵ Las primeras medidas sobre franquicias que se publicaron en China datan del año 1997, y las aprobó el Ministerio de Comercio Interior de forma tentativa o provisional. Consistían en preceptos imprecisos y demasiado generales –además de que sólo eran aplicables a empresas del sector doméstico, por lo que las demás estaban sin regular-. Posteriormente con la entrada en el año 2001 de China, en la Organización Mundial del Comercio, y de acuerdo con lo allí pactado, en el año 2004 –el 15 de abril-, se promulgaron; las Medidas sobre Inversión extranjera en el sector comercial (“Administration of Foreign Investment in Commercial Sectors Procedures”), también conocida como Ley FICEs, normas que entraron en vigor el 1 de junio de 2004. (Cfr. HUBER, B., “Transparencia de tecnología y contratos de “Know How” con China”, *ADI*, N°11, 1985-1986, págs. 601-606).

⁷⁵⁶ Posteriormente se han emitido otras normas más específicas relacionadas con el registro y publicidad de franquicias, como las Administrative Measures on Filing of Commercial Franchise de 2008 y las Administrative Rules on Disclosure of Commercial Franchise Information de 2009, y en el año 2010, se aprobaron el 6 y el 30 de abril, respectivamente (en adelante, las Medidas de Desarrollo), la reforma de la “Regulation on the Administration of Commercial Franchises”

30 de enero de 2012, las actividades comerciales mediante franquicias pasaron de la categoría de restringidas a la de permitidas.

De Acuerdo con la Regulación de Franquicias, el franquiciador debe proporcionar al franquiciado, además de todos los preceptos similares a la legislación español, toda la información requerida al menos treinta días antes de la firma del contrato de franquicia.⁷⁵⁷ En este sentido, los principales cambios que introducen las Nuevas Normas sobre Revelación de Información son los siguientes: excepción a la obligación de revelación de información⁷⁵⁸, confidencialidad⁷⁵⁹, algunos requisitos sobre la información que debe revelarse ⁷⁶⁰, cualquier liquidación o arbitraje que afecte al franquiciador relacionada con la franquicia durante los últimos cinco años. Con anterioridad a las Nuevas Reglas sobre Revelación de Información, esta obligación sólo afectaba a las liquidaciones o arbitrajes con un valor igual o superior a 500.000 yuanes.

Y por último destacar, que de acuerdo con la Regulación de Franquicias de China –como novedad relevante, por número mínimo de establecimientos para poder operar, para el resto de la contratación internacional de este modelo de negocio-, lo constituye el precepto obligatorio que la normativa china realiza

⁷⁵⁷ Frente a los veinte días de la nueva regulación española.

⁷⁵⁸ El franquiciador está exento de la obligación de revelar información en caso de renovación del acuerdo de franquicia sin modificación de las condiciones.

⁷⁵⁹ El franquiciado está obligado a no hacer pública la información confidencial del franquiciador (p.ej. *know-how*), tanto durante el proceso de negociación del contrato de franquicia, como tras la terminación de éste, incluso en ausencia de acuerdo de confidencialidad entre las partes. El franquiciado será responsable de los daños ocasionados por la publicación o mal uso de la información del franquiciador.

⁷⁶⁰ En caso de quiebra o solicitud de concurso de acreedores por el franquiciador o sus afiliados, la información se revelará pasados dos años, en lugar de los cinco que establecía la antigua normativa.

referente a la experiencia del franquiciador, así señala que cualquier franquiciador que pretenda establecer una franquicia en territorio chino, deberá haber operado directamente como mínimo dos establecimientos durante al menos un año⁷⁶¹, experiencia que a nuestro entender nos parece muy acertada y seguro que crucial y relevante para el devenir de esta figura y su consiguiente éxito.

B) Japón

Durante estos últimos años, con la crisis española, europea e internacional, Japón ha constituido una de las principales economías del mundo que ha venido recuperándose –si es que llegó a estar verdaderamente dañada alguna vez-. En Japón se adoptó de forma muy tardía este modelo de negocio –ya que se venía utilizando otros sistemas de colaboración y distribución muy peculiares, pero con muchas diferencias-, de hecho hasta el año 1972 no se creó su asociación –así en dicha fecha, el ministerio de industria y comercio exterior de Japón, creó la Japan Franchise Association, sindicato encargado de promover la franquicia en el país.

a) Medium Small Retail Business Promotion Act

El sistema fue reglamentado, elaborándose una ley específica para la franquicia, se trata de la “Medium Small Retail Business Promotion Act”⁷⁶², emitido por el régimen con el objetivo de reglamentar el sistema. Dicha ley contiene numerosos epígrafes desarrollados, referentes a las ayudas estatales y los beneficios fiscales para sustentar a las pymes y sobre todo, llena de preceptos

⁷⁶¹ Sin embargo, no se establece una definición de “establecimientos operados directamente”, por lo que existen dudas sobre el alcance de dicho concepto, como por ejemplo si incluiría los establecimientos operados por afiliados del franquiciador.

⁷⁶² Ley N° 101, de 29 de septiembre 1973, modificada en abril de 2002.

para proteger tanto al franquiciador como al franquiciado, y de obligado cumplimiento para los mismos.

C) India

En lo referente a este país cuatro son los factores claves que hacen que las franquicias sean atractivas en el mismo; primero el requerimiento de capital bajo, síntoma de la economía del país y revulsivo para los potenciales inversores de franquicias en el mismo; en segundo lugar, la extensión geográfica del país, con una población de más de 1000 millones de personas y un crecimiento cercano al 2% al año; en tercer lugar, la cultura comercial emprendedora, en dicho país tienen una conciencia de la propiedad muy fuerte y con una cultura de controlar por ellos mismos sus negocios para poder dejarlos a futuras generaciones, sin embargo al mismo tiempo, están muy abiertos a nuevas ideas y sobre todo hoy en día, a nuevas tecnologías que hacen que avancen y las mismas puedan ser conseguidas con modelos como el presente, aunque debemos constar que padecen un gran retraso en lo que ha infraestructuras se refiere; y en último lugar, el modelo de franquicia es importante y se hace clave para el mismo en este país que el empresario independiente extranjero que requiera entrar en dicho mercado tengan grandes conocimientos de los diferentes mercados regionales que hay en la India. Así las empresas franquiciadas indias pueden ofrecer un acceso directo a los franquiciadores extranjeros, por su conocimiento de los mercados, y por su aproximación sofisticada a la explotación⁷⁶³.

⁷⁶³ *Cfr.*, el estudio realizado en la presente tesis, sobre la franquicia de fútbol India de reciente implantación en septiembre de 2014, comentada en nuestro Capítulo VII, “Perspectivas de futuro”, Sección XXVI, la franquicia aplicada al deporte.

3. CONTINENTE AFRICANO

En dicho continente, la franquicia no está muy desarrollada en la mayoría de sus países y las causas son muy claras y patentes, la pobreza y la inestabilidad política y económica han sido fuertes barreras para el desarrollo de esta fórmula de negocio. Sin embargo, en algunos países –excepcionalmente-, se está teniendo *cierto* avance, como por ejemplo, Sudáfrica, Marruecos o Egipto. El aspecto común a todos ellos es que la inmensa mayoría de las franquicias establecidas son americanas y europeas, siendo casi inexistentes las locales. Y en cuanto a su regulación es inexistente, rigiéndose los contratos por la libre autonomía de la voluntad.

4. OCEANÍA

Nueva Zelanda está integrada por alrededor de 700 sistemas de franquicias, lo que le da la mayor proporción de franquicias per cápita en el mundo. A pesar de la recesión, el número total de unidades franquiciadas va aumentando a pasos vertiginosos –desde 2008 se ha incrementado hasta cerca del 50% el número de establecimientos-. Al igual que la mayoría de los países no existe una ley específica que abarca franquicias, por lo que están cubiertos por el derecho comercial normal, el cual funciona muy bien en Nueva Zelanda, incluyendo legislación que se aplica a los contratos, las prácticas comerciales restrictivas, la propiedad intelectual y la ley de conducta equívoca o engañosa.

Como precedente normativo, recordamos que la Asociación de Franquicias de Nueva Zelanda presentó un Código de autorregulación de conducta para sus miembros en 1996. Este contiene muchas disposiciones similares a las del Código de Franquicias de la legislación australiana práctica, aunque hay que señalar que

sólo alrededor de un tercio de todas las franquicias son miembros de la asociación y por lo tanto, vinculados por el código.

Pero en el año 2007 y tras un caso de fraude perpetrado por un ex franquiciado principal del sistema de franquicias más grande del país dio lugar a una revisión de la necesidad de una ley de franquicias por el Ministerio de Desarrollo Económico. El Gobierno de Nueva Zelanda decidió que no había ningún caso de una legislación específica de la franquicia en este momento. Esta decisión fue criticada por la oposición, que había iniciado la revisión cuando estaba en el poder, y el proceso de revisión fue cuestionado por un líder académico. La Asociación de Franquicias originariamente apoyó la regulación positiva del sector de la franquicia. El resultado final ha sido la aprobación del un nuevo Código de Franquicias, cuya entrada en vigor será el 1 de Enero de 2015. Competencia y del Consumidor (Industria Códigos-Franchising) Reglamento 2014 (F 2014L01472), éste instrumento legislativo se hizo en la Sección 51 AE de la Ley de Competencia y del Consumidor 2010.

Como nota característica fundamental y más relevante es que este nuevo Código trae una nueva obligación de buena fe importante y algo mejorada de divulgación, especialmente en relación con Internet, una definición más amplia de la buena fe y conducta inmoral que también tendrá un impacto en el sector, ya que favorecerá la legislación que prohíbe las cláusulas contractuales abusivas debido a finales de 2015 – prácticas que casi no se reflejaban en sus precedentes normativos-.

Caso similar ocurrió en Australia 1986 donde hubo un primer intento de legislar la franquicia, pero que fracasó al encontrarse con la oposición de todos los sectores implicados. Más adelante, en 1990, se encomendó un grupo de trabajo, cuyo objetivo primordial era examinar e informar sobre el potencial de códigos auto-normativos para contrarrestar el fracaso comercial que se estaba produciendo en la franquicia, explicando los motivos y centrándose sobre todo en la franquicia

de formato comercial; en el mismo se solicitaba que se recomendases las principales medidas mediante las que la industria y el Gobierno pudieran aumentar la eficacia y el crecimiento del sector de la franquicia, como ocurría en otros países. El resultado del trabajo del Grupo fue el desarrollo de un Código de Práctica de la Franquicia un código de conducta obligatorio celebrado bajo la Trade Practices Act 1974; voluntario y auto-normativo aplicable a franquiciadores (incluidos sub-franquiciadores), franquiciados, proveedores de servicios (incluidas instituciones bancarias y financieras que presten apoyo económico en relación con la franquicia a franquiciadores y franquiciados y editores o publicistas que acepten trabajar y realizar publicidad con el fin de vender o promover sistemas de franquicia), asesores (personas, firmas o asociaciones como por ejemplo abogados, contables, consultores de mercadotecnia o gestión y agentes comerciales que presten consejo a franquiciadores y franquiciados) y Pequeñas Corporaciones Comerciales Estatales. El Código establece y regula: la revelación previa; la certificación por los franquiciados de la recepción del documento de revelación, de una Guía para franquiciados (Guide for franchisees) y de una copia del Código de Práctica; los periodos de reflexión para los franquiciados dentro de los cuales pueden rescindir el contrato de franquicia; " las conductas desmedidas; " la resolución alternativa de conflictos; y " contiene la exigencia para el franquiciado de que se le identifique como franquiciado; requiere a los franquiciadores para producir un documento de información que debe darse a un potencial franquiciado al menos 14 días antes de que se entró en el contrato de franquicia; y además regula el contenido de los acuerdos de franquicia, por ejemplo en relación con los fondos de marketing, un período de reflexión, la terminación y la resolución de controversias por mediación.

CAPÍTULO SEXTO

LA VÍA JUDICIAL Y LAS VÍAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE FRANQUICIA

SECCIÓN XXIV - LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA COMO FUENTE CREADORA Y DE INTERPRETACIÓN DE LA FRANQUICIA

1. INTRODUCCIÓN

La función de los Tribunales y de las decisiones judiciales en la construcción de numerosas figuras es evidente en casos como el que tratamos. Por ello junto a la regulación jurídica y a la construcción dogmática o doctrinal, habrán de analizarse determinados supuestos (Jurisprudencias) que relacionan de forma evidente los temas que estudiamos, franquicia y competencia.

En cada caso habrá de determinarse si el acuerdo de franquicia al que se ha llegado está incurso en alguno de los supuestos que a título orientativo señala la Ley, función que corresponderá al Tribunal de Defensa de la Competencia -sin perjuicio de la intervención, en este sentido, de los Tribunales ordinarios-, que con fecha 18 de Abril de 1990 dictó una resolución, abordando las prácticas prohibidas en los contratos de franquicia y subfranquicia, así como en el de venta en exclusiva de productos de una multinacional.⁷⁶⁴

Junto a decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia Española, éstas si relacionadas con la libre competencia, como es el caso de: la *Resolución de 30 de Marzo de 1974*, en el caso *Perfums Marcel Rochas* (en la que se apreció

⁷⁶⁴ Resolución que trataba de un contrato de subfranquicia, en el que el franquiciado actúa, en cierto modo, de franquiciador, reproduciéndose el esquema de las obligaciones contractuales de ambas partes. Ello es posible por la extraordinaria versatilidad del contrato, las nuevas exigencias de las necesidades económicas y comerciales y, sin duda, por falta de una regulación legal específica.

la existencia de un contrato de franquicia, no sujeto a prohibición), o la Sentencia de 18 de abril de 1990, respecto de un contrato de *subfranquicia* de *Bliz Candy S.A.*, y la Sentencia de 21 de Marzo de 1991, *caso Toshiba*, que el Tribunal consideró como una franquicia mixta de distribución y servicios; también citaremos algunas de los Tribunales ordinarios, por su interés. Resoluciones, que aunque venimos exponiendo y desarrollando a lo largo de toda nuestra investigación –y continuaremos haciendo en la misma-, sí queríamos dedicarle un espacio concreto –este capítulo sexto-, para exponer y reflexionar sobre la contribución de las sentencias a nuestro entender más relevantes de la Jurisprudencia, y sobre todo que con mayor importancia, implicación e incidencia, han tratado -y a su manera, regulado-, este modelo de negocio que es la franquicia.

Naturalmente, no sólo han sido, los Tribunales españoles los que han tratado de la materia, sino que es fácil entender que en el seno de la CEE, su Tribunal de Justicia haya tenido que intervenir en numerosas ocasiones, a las que -algunas de las cuales-, nos hemos referido. Y es clara la necesidad de intervención del órgano comunitario europeo por los razonamientos que hemos indicado y la prescripción del art. 85 (y 86) del Tratado aludidos. Así, la Sentencia de *Metro SABA*, de 26 de Octubre de 1977, en la que se señalan las ventajas que puede proporcionar al consumidor (que es también un destinatario de la protección, junto al consumidor) el hecho de un contrato de franquicia que, en principio, podía limitar la concurrencia empresarial; o *la* Sentencia de 11 de Julio del mismo año, *Remia y Nutritiva*, sobre la validez de una cláusula contractual que suprime la concurrencia.

Expondremos además por ello, algunas de las Sentencias más significativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo análisis y comentario nos permitirá obtener una mejor noción del contrato que estudiamos y su relación con la Libre competencia, comenzando con la resolución más clásica y trascendente por los efectos que desencadenó, la Sentencia del caso

“Pronuptia”, que trajo como consecuencia que se dictara el citado Reglamento del año 1988.

Algún autor⁷⁶⁵ ha mantenido que, precisamente los casos “Pronuptia”, “Yves Rochas”, “Computerland”, “Service Master” y “Charles Jourdan” han sido las decisiones en las que se ha basado directamente la Comisión para colaborar y publicar, posteriormente, el Reglamento tantas veces aludido.

2. LA CONSIDERACION ESPECIAL DE ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CEE

A) Sentencia del Caso “PRONUPTIA”

A pesar de tratarse de una figura de contornos difusos y de aplicación a contratos muy disímiles, por lo que se resiste a una definición concreta, el Tribunal de Justicia Europeo, en dicha Sentencia de 28 de enero de 1986 la define: “más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos”.

Con todo ello existe una nota común aceptada por el Tribunal en el asunto Pronuptia; centrada en la sujeción del franquiciado (concesionario) a las instrucciones del franquiciador (concedente), sujeción que puede explicarse en base a la cesión por éste de métodos empresariales que persiguen una identificación cara al exterior de las empresas de ambos.

⁷⁶⁵ Entre otros, VICENT CHULIÁ F, *El contrato...op.cit.*; quien además, definió el contrato de franquicia como: “un contrato complejo y atípico, consensual y sinalagmático, civil o mercantil, según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o franquiciador, concede a la otra, denominada concesionario o franquiciado, mediante un pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa, o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas”.

El negocio que realiza el franquiciado puede ser de muy diversa naturaleza, consistiendo, tanto en la prestación de servicios bajo un determinado nombre comercial (ejemplo: hoteles, restaurantes, etc.), como en la producción de bienes o en su distribución.

El pronunciamiento realizado por el Tribunal en el asunto Pronuptia, suscitó un enorme interés por tratarse de la primera vez que se enfrentaba con las implicaciones que esta figura contractual presenta cara al Derecho de la competencia⁷⁶⁶.

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia pueden sintetizarse de la siguiente manera: en 1980, la sociedad Pronuptia de París GmbH (franquiciador) concluyó con la señora Schillgallis de Hamburgo (franquiciada) tres contratos prácticamente idénticos, otorgando a ésta la posición de franquiciada en las ciudades de Hamburgo, Oldenburg y Hannover. Dos años después, la señora Schillgallis es demandada por Pronuptia en reclamación del pago de cuotas atrasadas, demanda que es estimada en primera instancia, la franquiciada recurre ante esta sentencia, alegando que los contratos en cuestión violan el artículo 85.1 del Tratado de Roma. En consecuencia, dichos contratos parecen ser calificados como nulos de conformidad con el párrafo 2 del citado precepto.

El tema llega al Tribunal Supremo alemán, el cual plantea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conforme al artículo 177 del Tratado, la siguiente cuestión:

“¿Es aplicable el art 85.1 a los contratos de franquicia como los concertados entre los litigantes, que tienen por objeto la aplicación de un sistema de

⁷⁶⁶ *Vid.* KORAH, V., “Pronuptia- Franchising: The Marriage of Reason and the EEC Competition Law”, 8 *EIPR*, 1986; KORAH, V. y ROTHENE, W.A., “Exclusive Licenses of Patent and Plant Breeders’ Rights Under EEC Law After Maize Seed”, *Antitrust Bull.*, 1983, pág. 699.

distribución en el que el franquiciador cede al franquiciado no sólo mercancías, sino también el nombre comercial, marcas y otras prestaciones de servicios?”.

El Tribunal hace una serie de importantes observaciones acerca del contrato de franquicia de distribución, describiéndolo como, “aquel contrato por el cual una empresa, que se ha instalado en un mercado como distribuidor y que así ha podido poner a punto un conjunto de métodos comerciales, concede a comerciantes independientes a cambio de una remuneración, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando sus distintivos y los métodos que han dado lugar a su éxito”. Se trata -sigue diciendo más adelante el Tribunal-, “de una manera de explotar financieramente un conjunto de conocimientos, sin comprometer capitales propios, lo cual diferencian a la franquicia de otros contratos como el de concesión de venta o la propia distribución exclusiva”.

En la interesante Sentencia “Pronuptia” el Tribunal comunitario se pronuncia sobre la compatibilidad de los contratos de distribución y servicios, con el citado *art 85.1 TCEE*, y así, la posición que adopta el Tribunal es favorable hacia los acuerdos de franquicia⁷⁶⁷.

Estos contratos no atentan en principio, y por sí mismos, contra la competencia. Sin embargo, tampoco se puede realizar esta consideración en abstracto; es necesario examinar, en concreto, las cláusulas del acuerdo, y el contexto económico en el que se van a aplicar los acuerdos.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ WAELBROEK, M., “The Pronuptia Judgment – A Critical Appraisal”, B. HAWK (ed.), 1986, Fordham Corporate, *Law Institute*, 1987.

⁷⁶⁸ Los sistemas de franquicia pueden, incluso, promocionar la competencia entre las distintas redes comerciales (“inter-brand competition”), o a expensas de la disminución de competencias, en el interior de una red comercial (“intra-brand competition”).

El Tribunal distingue aquellas cláusulas que no incurrirían en la prohibición del Art. 85. 1 TCEE, y aquellas otras que si vulnerarían la competencia, pero que podrían, según los casos, autorizarse en virtud del párrafo 3º, Art 85 TCEE. Así, se admiten aquellas cláusulas que permiten un correcto funcionamiento del sistema de franquicia. Concretamente, se aceptan las cláusulas que tienen por finalidad impedir que los competidores puedan beneficiarse de los conocimientos transmitidos por el franquiciador al franquiciado. Asimismo, tampoco incurrirán en la prohibición del Art 85.1 TCEE, las cláusulas que tratan de preservar la imagen, identidad, y reputación de la red comercial del franquiciador.

Las cláusulas que el Tribunal considera prohibidas por el citado artículo son esencialmente de dos tipos: primera, la cláusula de exclusividad territorial, que da lugar a un reparto del mercado entre el franquiciador y los franquiciados, o entre éstos. Y en segundo lugar, la cláusula que impone o determina los precios de reventa, puesto que restringirla la competencia de precios entre los franquiciados.

El primer tipo de restricciones podría admitirse, en virtud del párrafo tercero del tan citado artículo 85, aunque dependiendo de determinadas circunstancias, y con ciertas reservas, como por ejemplo, que deben aceptarse los suministros cruzados entre franquiciados de la misma red comercial.

Sin embargo, respecto al segundo tipo de cláusulas, que pueden llevar una fijación o determinación de precios, el Tribunal se muestra intransigente, y no cabría su autorización; solamente sería posible una recomendación de precios, siempre que no existiese una previa práctica concertada entre el franquiciador y los franquiciados, o de estos entre sí.

Esta misma línea ha sido seguida por la Comisión, que también estima que los acuerdos de franquicia pueden producir efectos beneficiosos y determinadas ventajas económicas.

En el Reglamento n° 4087/88, se dice expresamente que, “los acuerdos de franquicia, tal como se definen en el presente Reglamento, mejoran normalmente la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que pueda favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador. Por tanto tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución”.⁷⁶⁹

Estas ventajas que repercuten, fundamentalmente, en la distribución, prestación de servicios e incluso, en la propia competencia, se observan, de forma más precisa, en los distintos casos examinados por la Comisión, a la hora de conceder una autorización individual. Tales ventajas se pueden resumir en una mayor facilidad para crear una red de distribución uniforme, eficaz, o de calidad, conseguida a menor coste.

En definitiva, se logra una racionalización de la distribución; el franquiciado concentra en su territorio los esfuerzos de venta, y practicará una política más activa, respecto a los consumidores potenciales; también puede repercutir beneficiosamente en la producción, gracias a la estrecha vinculación entre franquiciador y franquiciado. Éste puede realizar previsiones de venta y conocer los cambios de hábitos y gustos de los consumidores. Dichas informaciones serán comunicadas al franquiciador, que podrá así elaborar su planificación de la producción, y garantizar mejor el abastecimiento regular de los productos. Permite,

⁷⁶⁹ Párrafo Séptimo de la Exposición de Motivos.

por tanto, una adaptación de la oferta a la demanda. Y por último la competencia también se ve favorecida, porque el modelo permite la entrada de nuevos competidores en el mercado -principalmente los franquiciados-, pero también el franquiciador y la oportunidad de competir de forma más eficaz con las grandes empresas de distribución.

Tras el caso Pronuptia, la franquicia fue acogida en el viejo continente y comenzaron a entender la utilidad de esta figura como una herramienta de distribución que tipifica conductas de competencia desleal, al tener que pronunciarse el Tribunal de Justicia sobre uno de los temas estrella del derecho comunitario, la libre competencia.

B) Sentencia del Caso “COMPUTERLAND”

En una nueva Sentencia de 13 de Julio de 1987 ⁷⁷⁰, la decisión llamada “Computerland”, la cual versaba sobre una franquicia de distribución en sentido estricto, se destacaban en la misma, los beneficios que, para la racionalización de la distribución, supone la intermediación del franquiciador (mayorista) entre los fabricantes y los franquiciados (minoristas): “CLE (franquiciador) recibe pedidos de los franquiciados, encauzando rápidamente dichos productos hacia los establecimientos Computerland. Esta función de control de compra permite a CLE negociar condiciones favorables para sus franquiciados, respecto a los precios y a las cantidades suministradas y a menudo a los franquiciados obtener esos productos mucho antes que otros minoristas”.⁷⁷¹

⁷⁷⁰ DOCE (1987) L.222, págs. 12 y ss; e igualmente, *Vid.* sobre esta Decisión, TOBÍO RIVAS, A., “Anotación sobre la Sentencia 13/7/87”, *ADI*, N° 12, 1987-1988, págs. 217 y ss.

⁷⁷¹ Párrafo 31 de la Decisión.

C) Sentencia del Caso “SERVICE MASTER”

Otra nueva Sentencia de 14 de Noviembre de 1988⁷⁷², denominada “Service Master”, en cuya decisión se concede por primera vez una autorización individual a un contrato tipo de franquicia de servicios, de carácter doméstico, limpieza y mantenimiento, tanto para clientes comerciales como particulares.

El contrato contribuye a mejorar la prestación de los servicios afectados, y permite al franquiciador (“Service Master”), penetrar rápidamente en nuevos mercados, principalmente en la Comunidad, con una inversión limitada.

El rápido desarrollo de una red de servicios, aumenta la competencia entre marcas con otros suministradores de servicios. Permite, además, que pequeñas empresas accedan a un nuevo mercado, y se establezcan como distribuidores, con mayor rapidez y posibilidades de éxito, gracias a esa colaboración estrecha con el franquiciador.

El sistema facilita también un servicio intensivo a los clientes, a través del compromiso personal de comerciantes independientes.

D) Otras Sentencias

Así, por ejemplo, *La Decisión “Yves Rocher”*, de 17 de Diciembre de 1986⁷⁷³ - y la ya citada con anterioridad “Pronuptia”, destacaban la competencia existente entre los concesionarios (rectius: franquiciados)-, la *Decisión “Charles Jourdan*, de 2 de diciembre de 1988,⁷⁷⁴ tiene en cuenta el hecho de que los franquiciados compitan entre sí. También en relación con los acuerdos de

⁷⁷² DOCE (1988) L 332, págs. 38 y ss.

⁷⁷³ DOCE (1987) L 8, págs. 49 y ss.

⁷⁷⁴ DOCE (1989) L 35, págs. 31 y ss.

distribución selectiva, *La Decisión "YSLP"* de 16 de Diciembre de 1991⁷⁷⁵ y *la Decisión "Parfums Givenchy"*, de 24 de Julio de 1992, señalan, "que los distribuidores autorizados pueden competir en todo el territorio comunitario y pueden además, suministrarse de cualquier agente exclusivo YSLP o Givenchy, o de los minoristas autorizados (suministro cruzados)".

Existen otro grupo de sentencias que proclaman que entre el franquiciador y el franquiciado existen relaciones empresariales y no laborales: The Georgia Court of Appeal, June 23, 2011; Jan-Pro Franchising Int'l, Inc. v. Depianti, 712 S.E.2d 648; The Mississippi Supreme Court, June 22, 2011, Hayes v. Enmon Enterprises, LLC, et al. d/b/a Jani-King Franchising, Inc., N°3. 2011 WL, 2491375; The Federal Court of Ohio (F.C. Ohio), April 8, 2011, Bricker v. R&A Pizza, Inc., 804 F. Supp.2d 615; entre otras muchas.

En definitiva, la Unión Europea tras emitir las citadas Decisiones sobre estos casos de franquicias⁷⁷⁶, adoptó finalmente el citado Reglamento - 4087/88 -, de exención global para las franquicias⁷⁷⁷. El texto del Reglamento además proporcionaba lo que dentro de las Comunidades ha llegado a considerarse como

⁷⁷⁵ DOCE (1992) L 12, págs. 24 y ss.

⁷⁷⁶ La Decisión 87/14/CEE, Yves Rocher, de 17 de diciembre de 1986 (DOCE L 8/49 de 10 de enero de 1987); la Decisión 87/17/CEE, Pronuptia, de 17 de diciembre de 1986 (DOCE L 13/39 de 15 de enero de 1987); la Decisión 87/407, Computerland, de 13 de julio de 1987 (DOCE L 222/12 de 10 de agosto de 1987); la Decisión 88/604 ServiceMaster, de 20 de agosto de 1988 (DOCE L 332/38 de 3 de diciembre de 1988) y la Decisión 89/94/CEE, Charles Jourdan, de 2 de diciembre de 1988 (DOCE L 35/31 de 7 de enero de 1989).

⁷⁷⁷ El Reglamento (CEE) N° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en DOCE L 359/46 de 28 de diciembre de 1988.

una definición más o menos estándar de franquicia⁷⁷⁸, y además indicaba a qué restricciones de la competencia se aplicaría la exención, a cuáles se aplicará a pesar de la presencia de ciertas obligaciones, a cuáles se aplicará bajo ciertas condiciones y por último, a cuáles no se aplicará.

3. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La cuestión de la naturaleza del contrato, ya sea como contrato de concesión mercantil o comercial o contrato de distribución en exclusiva, ha sido abordada desde muy diversos ángulos por parte de la Jurisprudencia española que ha tenido que resolver sobre distintas cuestiones que han venido suscitándose. Así pueden encontrarse resoluciones judiciales de Tribunales y juzgados españoles, como las Sentencias de La Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Noviembre de 1993, 8 de Enero de 1994 y 8 de Julio de 1995⁷⁷⁹, o a modo de ejemplo, las del TS de 15 de Mayo de 1985, de 24 de Octubre de 1986, 23 de Octubre de 1987 y 27 de Septiembre de 1996 citadas por nuestra doctrina.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ “Franquicia”; es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basada en una estrecha y continua colaboración entre empresas jurídicas y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciadores, en el que el Franquiciador dispone el derecho e impone a sus Franquiciados la obligación de explotar una empresa de acuerdo con sus conceptos...”

⁷⁷⁹ Previamente, La de la Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de Octubre de 1984.

⁷⁸⁰ *Vid.* ANGULO RODRÍGUEZ, L., *op.cit.* pág. 206; recoge todas éstas, por lo que no vamos a entrar en su consideración detallada, remitiéndonos a lo que allí se indica sobre las mismas. Tampoco insistiremos en las Sentencias de 15 de Mayo de 1985 del Tribunal Supremo, en la que, con el pretexto de una cuestión sobre utilización de marcas se da un concepto de “franchising”, con esa concreta terminología, citadas por CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE., *Aspectos jurídicos de los contratos...op.cit.* págs. 182-185.

Realizamos igualmente una reflexión breve, sobre el contenido de varias sentencias que hemos recopilado y estudiado, de las que pueden obtenerse algunas ideas que completan nuestro trabajo. Varias de estas sentencias, todas del Tribunal Supremo - como la de 16 de Septiembre de 1988 -, han venido considerando los problemas que plantea la posible “denuncia unilateral del contrato”; en unas ocasiones, como el del supuesto de la sentencia citada, porque tuvo lugar un incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones contraídas en el contrato; en otras, por impago de las deudas contraídas con motivo del contrato, como señala la sentencia de 27 de Febrero de 1990; o incluso alguna otra sentencia que resaltamos, por haber tenido lugar un enriquecimiento injusto por parte del concesionario, como es el caso de la resuelta sentencia de 12 de Diciembre de 1990 ⁷⁸¹, caso de contrato de “distribución comercial”, que en la sentencia anteriormente citada –STS 27/2/90-, es llamado de “concesión mercantil”, y en la primera de nuestro comentario – STS 16/11/88-, de “distribución en exclusiva”, expresión ésta preferentemente seguida ya por el Alto Tribunal en el resto de las Sentencias, tales como: la de 18 de Junio de 1991, la de 15 de Octubre de 1992 (distribución en exclusiva o venta en exclusiva)” ⁷⁸², la Sentencia

⁷⁸¹ En el supuesto de un abono llevado a cabo, de acuerdo con una facturación en la que pudo observar el juzgador, la existencia de un simple error matemático de suma, en el que quería ampararse el demandado para no cumplir completamente con su obligación de pago de la mercancía “suministrada”. Es curiosa la doble utilización de las expresiones “contrato de distribución” y “contrato estimatorio” que se hace en la sentencia, para referirse al mismo contrato.

⁷⁸² También se trata de un caso en el que se autoriza el “desistimiento” unilateral, al tratarse de un contrato, pactado curiosamente de forma verbal, sin plazo de vencimiento, argumentando el demandado que no había más que una relación comercial de pura compraventa, o puras compraventas- por lo que sólo tenían lugar aprovisionamientos y sucesivos pagos, tras las ventas, aislados y no pudo generarse ninguna clase de fondo de comercio, mientras que el Tribunal Supremo apreció la real existencia de coste contrato, en razón, especialmente, del pacto de exclusiva.

de 17 de Marzo de 1993, de 2 de Abril de 1994, y la de 30 de Mayo de 1994, Sentencia ésta última a su vez en la que no se admite, como causa de resolución del contrato, la denuncia unilateral no hecha de buena fe antes de la finalización del contrato sin que hubiese existido un incumplimiento por el demandado⁷⁸³. Sin faltar ocasiones en las que la jurisprudencia vuelve -aunque sea excepcionalmente-, sobre posiciones que parecían superadas, y califica como contrato de “concesión mercantil”, un supuesto de auténtica franquicia; en donde la rescisión unilateral la efectúa una empresa española en relación al contrato que le vincula con otra, a la que se había comprometido a aportar determinados bienes en periodos concretos de tiempo para su venta por el concesionario, mediando un pacto de exclusiva, que no se respeta y que trae como consecuencia la reclamación de los daños y perjuicios causados.

Dos circunstancias de mayor interés para nuestro estudio, pueden deducirse de otras dos sentencias del Tribunal Supremo que merecen detalle. En concreto, la STS de 21 de Diciembre de 1992⁷⁸⁴, que declara válida la extinción de un contrato de esta naturaleza, por vencimiento del plazo pactado, sin necesidad de preaviso (aunque ello puede ser excluido por pacto expreso). Destacamos la misma ya que el Alto Tribunal califica al contrato, como “intuitu personae”, lo que trae consigo la consecuencia de que será posible la resolución unilateral por el concedente “sin necesidad de la existencia del incumplimiento de las obligaciones por el concesionario”, contrato, pues, basado en la mutua confianza y en la condición de los contratantes.

⁷⁸³ En un caso, como la mayoría de los contemplados, en el que la empresa franquiciadora o concedente es una empresa extranjera y el concesionario un empresario español que debe abonar la correspondiente contraprestación económica.

⁷⁸⁴ Que se refiere a un contrato de “concesión mercantil”.

Y en segundo lugar, la STS de 27 de Mayo de 1993 ⁷⁸⁵ , que posibilita el desistimiento unilateral en el caso de duración indefinida, supuesto éste muy frecuente en estos contratos, que pueden considerarse como contratos de duración (no de tracto instantáneo), por lo que las obligaciones de los contratantes se extienden en el tiempo y, por ello, de duración indefinida, por regla general.⁷⁸⁶

El hecho de que el Tribunal Supremo, y otros Juzgados y Tribunales llamen en las diferentes ocasiones a estos contratos de distinta forma, no debe llevarnos a pensar que, en todas ellas, se trate de supuestos diferentes y concretos con sus correspondientes perfiles jurídicos diferenciadores. Frecuentemente no hay dificultad en llamar concesión a lo que podemos considerar una franquicia, o distribución mercantil, por ejemplo, a una concesión con el pacto de exclusiva añadido. Se entiende la situación, de un lado porque no acaba de concretarse en todas las ocasiones, la naturaleza jurídica propia y particular del supuesto; y de otro, porque nada importa y ninguna consecuencia negativa traerá para el estudioso, que la Jurisprudencia defina - si es que en efecto lo hace-, por la generalidad, ya que si tilda de concesión a un contrato que nosotros podemos creer que sería una franquicia, no existe error, porque ésta es un tipo de aquél, como la concesión es una clase de contrato de distribución. Sin embargo varios Tribunales de Instancia y el propio Tribunal Supremo más recientemente, en un avance en la construcción dogmática de la figura, acogen la expresión “contrato de franquicia” o simplemente “franquicia”, para despejar todo tipo de dudas.

⁷⁸⁵ Referente a un contrato de “distribución en exclusiva”.

⁷⁸⁶ Estos contratos de duración son muy frecuentes en la contratación mercantil en la que queda latente la idea del necesario aprovisionamiento permanente por parte de unos empresarios a otros, que han de revender los productos que se les han servido bien en la misma forma que se le entregaron (puro comercio), bien transformados (con manufacturación industrial).

Destacamos igualmente la SAP de Barcelona de 10 de Febrero de 1992; la cual recoge en su primer fundamento que “entre los contratos mercantiles, los denominados de distribución permanente entre comerciantes, adquieren una singularidad propia y una importancia cada vez mayor, pues sus relaciones no responden al típico esquema de la compraventa aislada, sino tienen un carácter periódico o continuo con la necesidad de satisfacer las necesidades sucesivas para atender un interés duradero”, con lo que en dicha sentencia se destaca el carácter de la franquicia como contrato de duración; además –y proseguimos con el citado texto de la sentencia-, “entre ellos se presentan con mayor frecuencia, otras formas atípicas que van desde el contrato de suministro simple a otros más complejos que abarcan la concesión comercial, la distribución en exclusiva o el denominado contrato de franquicia” ⁷⁸⁷; sobre el que el Tribunal considera que debe resolverse, porque, entre otras razones⁷⁸⁸, podría haber realizado el franquiciado competencia desleal, al comerciar con productos de otras marcas.

Otra Sentencia del mismo órgano y de la misma localidad, la SAP de 9 de Diciembre de 1996, cuya relación con la anteriormente citada es evidente ya que la primera parte de su Segundo Fundamento de Derecho, es literalmente idéntica y por ello, aún antes de reproducir el párrafo que nosotros hemos transcrito, señala, -como previa calificación jurídica de las relaciones existentes entre las partes-, “la calificación contractual de la misma es una concesión mercantil en régimen de distribución en exclusiva”. La importancia de esta resolución judicial

⁷⁸⁷ Y finaliza este Fundamento señalando resueltamente: “En el caso examinado, la calificación jurídica de estas relaciones se ajusta a lo que se denomina contrato de concesión en régimen de franquicia.

⁷⁸⁸ Como pueden ser el perjuicio de la imagen y nombre comercial del concedente, desprestigio de la marca usada, objeto fundamental de este contrato en el que no existía un suministro de productos propiamente dicho, sino que el pago de la franquicia o canon debía efectuarse por beneficiarse el franquiciado de la utilización de una marca concreta, en una zona geográfica.

no descansa sólo en el hecho de que se utilice, de forma que ya es reiterada, la expresión franquicia, sino porque se perfila la figura al relacionarla, indisolublemente, con el pacto de exclusiva y se atreve el juzgador a facilitar una definición del contrato tomada de la doctrina: “franquicia es aquel acuerdo por el que un empresario -concesionario- pone su trabajo y establecimiento a fin de que otro industrial -concedente- comercialice por tiempo indefinido o limitado y en una zona geográfica determinada, bajo su supervisión, los productos cuya exclusiva de reventa se le reconocen y que son elaborados por este concedente, si bien dicha comercialización se realiza en nombre propio del concesionario”. De esta Sentencia, igualmente, se deduce que, muy frecuentemente, el contrato no se formaliza por escrito, sino que se pacta verbalmente, con plena validez según el ordenamiento mercantil, y que es indiferente la calificación que las partes le otorguen puesto que si se dan las características tantas veces citadas, nos encontraremos ante una franquicia.

Un singular interés a la hora de delimitar lo referente al “concepto” y “elementos esenciales” del contrato de franquicia, suscita la STS de 21 de octubre de 2005 en la que se recoge de forma sistemática la legislación aplicable al contrato y una enumeración de las sentencias más relevantes de la jurisprudencia española sobre el mismo.

Referente a las “características” que conforman esta modalidad contractual que llamamos franquicia (formada por todo tipo de bienes materiales e inmateriales), destacamos la STS del 4 de Marzo de 1997 -no debe olvidarse que ya se ha promulgado la Ley de Ordenación del Comercio Minorista-; la cual define dicho sistema en un modelo, “donde una de las partes que es titular de un determinado signo distintivo o bien de la llamada propiedad industrial (marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación) o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de

control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica (que denota, queremos destacar, el carácter oneroso de este contrato), que suele articularse normalmente, mediante la fijación de un canon o un porcentaje”.

La prohibición de competencia en esta modalidad contractual, aún sin pactarse, va implícita en el contrato, ya que el contratante –franquiciador–, que concede la venta en exclusiva, incurrirá en una competencia que podrá calificarse de desleal, si autoriza a otros empresarios de la misma zona a operar sobre los mismos productos; y, en el sentido inverso, esto es por parte del franquiciado, hará una competencia que no puede admitir igualmente el Ordenamiento, al empresario que se compromete a beneficiarse de las ventajas de su franquiciador a cambio de no vender otro tipo de productos, o a utilizar su marca o imagen, y, sin embargo, lleva a cabo esta conducta prohibida. Lo que nos lleva a reflexionar que a pesar de que no sea necesario incluir este tipo de conductas en las cláusulas contractuales, no debiera pasar desapercibido a los redactores del contrato⁷⁸⁹.

Más recientemente, en España se han generado doctrinas que dejan de lado esta consideración según la cual, el franquiciado y el franquiciador son sujetos disímiles de acuerdo con su relación contractual⁷⁹⁰. Ejemplo de esta tendencia jurisprudencial la podemos encontrar en lo tocante a la posibilidad que tienen los clientes o consumidores finales de demandar al franquiciador, por la responsabilidad derivada del producto o servicio, a pesar de que el contrato de

⁷⁸⁹ Valga por todo el ejemplo del modelo de contrato que recogen CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T., *op.cit.* págs. 188-200; donde tras analizar dichas conductas y la propia Sentencia, advierte en la cláusula tercera: “En el comercio del franquiciado éste sólo podrá *vender* los productos con marca (...)”.

⁷⁹⁰ *Cfr.* “Responsabilidad del franquiciador frente a terceros”, 2011, disponible en: <http://www.infofranquicias>.

venta o suministro de éstos sea realizado por el franquiciado⁷⁹¹. En este punto, ha de hacerse una precisión, en el supuesto de los bienes, la responsabilidad del franquiciador con el consumidor final surgiría del hecho de ser fabricante o distribuidor, y no del contrato de franquicia como tal.

En cambio, en lo referente con la “responsabilidad”, destacamos la Sentencia dictada en Apelación por la AP de Segovia en 2006⁷⁹²; en ella, nos hallamos ante un caso donde un consumidor que acude a una empresa de servicios, aludiendo que lo hace porque la empresa le merece su confianza, entre otros aspectos por el carácter de seriedad y profesionalidad que a su vez otorga una supuesta implantación a nivel nacional de la misma, y por tanto una acreditada experiencia, se siente estafado. El juez de instancia –concluye-, “que el mismo parecía inducir al consumidor que la empresa (franquiciador), era garante del buen fin de la actividad contratada (...) al cliente se le ocultaba que dicha empresa fuese una mera franquicia y que la empresa de Segovia que prestaba sus servicios fuese otra diferente”. En el presente caso, como acabamos de ver, la franquiciada se anunciaba como si fuese una mera delegación o sucursal de la

⁷⁹¹ Vid. BARGALLÓ FERRER, J.M^a., *Responsabilidades del franquiciador frente a los proveedores, empleados y clientes del franquiciado*, Madrid, 2005; e igualmente lo referente en nuestro tesis en el Capítulo IV, y más concretamente, en la Sección XX, “La responsabilidad en la franquicia”.

⁷⁹² “Se alegan como motivos de recurso (que) la parte no está legitimada de forma pasiva (pues) como empresa franquiciadora no mantuvo ninguna relación jurídica -entiéndase con el cliente final-, sin que le sean imputables los daños causados por la empresa franquiciada, dada su distinta personalidad jurídica derivada del propio concepto y naturaleza del contrato de franquicia. Por tanto, es indudable que la independencia jurídica y económica de la empresa franquiciadora y franquiciada es característica esencial del contrato de franquicia (...). No nos encontramos en una situación en que se discuta la relación entre ambas empresas, sino que nos encontramos ante la reclamación de un tercero, tercero que ostenta sin lugar a dudas el carácter de consumidor o usuario de los servicios que prestaba la empresa franquiciada bajo el nombre comercial y las técnicas empresariales de la franquiciadora (...).

empresa franquiciador, que figura como única empresa prestadora de servicios. Sentado que esa forma de publicitarse era elaborada o aprobada por la propia franquiciadora, que obtenía con ello un beneficio económico por la captación del cliente; debe estimarse que el consumidor tiene derecho a exigir que se responda en la forma en que se anuncia, y que por lo tanto la ahora recurrente deba responder como si fuese ella la prestadora del servicio tal y como se ofertó al actor; sin que sea admisible que pretenda a posteriori excluirse de toda relación con el demandante, pues ello significaría legitimar un fraude al consumidor por el uso de una oferta o publicidad engañosa ⁷⁹³.

Si bien la tendencia ha sido la de exonerar de responsabilidad al franquiciador, podría considerarse que el hecho de no informar adecuadamente al consumidor acerca de la condición de franquiciado del prestador del servicio, es un riesgo para el franquiciador al que se le podría imputar responsabilidad a partir de la negligencia o falta del deber de cuidado eligiendo o vigilando la gestión del franquiciado.

Según todo lo antedicho y dado que el cliente final generalmente tiene la condición de “consumidor”, se concluye que éste tiene derecho a estar informado y a tener identificada la entidad con la que contrata, por lo que en caso de no haber claridad en cuanto a la condición de franquiciado frente al consumidor, podría invocarse la responsabilidad del franquiciador como titular de la marca o signo distintivo del servicio contratado. Para protegerse patrimonialmente, un

⁷⁹³ Caso similar ocurre, en el derecho estadounidense por fallo de la Corte Suprema de Nueva Jersey de 1960 en el caso de la empresa Henningsen contra Bloomfield, la cual ofertaba un ofrecimiento de servicios por parte de la empresa Henningsen con publicidad engañosa.

franquiciador debería estipular dentro del contrato de manera expresa la posibilidad de repetir contra el franquiciado responsable de su mala praxis.⁷⁹⁴

El derecho de franquicia en España ha desarrollado cuatro escenarios que ayudarán a determinar si el franquiciador debe responder por el pago de las obligaciones del franquiciado para con el trabajador, que son:

1.- Cuando la prestación laboral del trabajador se realiza dentro de un grupo empresarial y el trabajador trabaja indistintamente para una central franquiciadora o para el franquiciado, le pague quien le pague y tenga contrato con quien lo tenga. Se sugiere que la franquicia constituye un grupo o conglomerado de empresas⁷⁹⁵. En este caso se considera que el trabajador desarrolla su labor dentro del entorno organizativo de la red franquiciada y en consecuencia el juez probablemente condenará al franquiciado al pago de sus responsabilidades, pero solidariamente también al franquiciador⁷⁹⁶.

2.- Cuando existe confusión de patrimonios entre el franquiciador y el franquiciado y por ende no es fácil dilucidar la independencia entre ellos. Por ejemplo, si existe algún tipo de vinculación accionarial o de administración. En

⁷⁹⁴ En el derecho civil, ésta sería una opción complementaria de ser declarado solidariamente responsable con el franquiciado, pues en estos casos la facultad de repetir estaría en cabeza del franquiciador. En caso de que la condena se realice en contra del franquiciador exclusivamente y no se haya pactado la solidaridad, de querer lograr una reparación por los hechos del franquiciado, el franquiciador se vería obligado a probar ante los jueces la responsabilidad del franquiciado.

⁷⁹⁵ Grupo de empresas que se caracteriza por el funcionamiento unitario, es decir, por la unidad en la dirección, prestación sucesiva de servicios de los empleados del grupo, patrimonio compartido y apariencia externa de unidad empresarial.

⁷⁹⁶ Algunas veces el Tribunal Supremo español ha exigido que, para atribuir responsabilidad al franquiciado, se demuestre la intención fraudulenta de éste de excluir sus obligaciones laborales.

estos casos puede considerarse que el franquiciador se está beneficiando de la explotación de la franquicia directamente y, por tanto, así debe responder por los trabajadores.

3.- Cuando amparándose en la distinta personalidad jurídica formal de una y otra empresa, exista una actuación abusiva de una de ellas respecto de la otra en perjuicio de los derechos de los trabajadores recortando derechos o prestaciones a los que el franquiciador estaría obligado si fuese el empleador directo. La franquicia puede verse como una forma de contratar personal de manera externa. Realizando contratos de franquicia, el franquiciador logra externalizar sus labores en beneficio propio y así reducir costos de operación, pero asimismo puede el juez establecer una unidad de empresa entre el franquiciador y el franquiciado, y extender con esto la responsabilidad en materia de salarios y prestaciones de manera solidaria entre ellos. Unos consideran que esta posición es forzada, y nosotros añadimos injusta, teniendo en cuenta que los beneficios iniciales de la operación de franquicia recaen primeramente sobre el franquiciado y no sobre el franquiciador, que apenas recibe una regalía o precio por permitir el uso de su marca y know - how.

4.- Y por último, cuando el franquiciador hace a su vez de directivo del franquiciado. Como se sabe, de la naturaleza del contrato de franquicia se desprende una intromisión del franquiciador en la operación, con el fin de mantener estándares de calidad, presentación de productos y servicios, etc., intromisión que realiza dicho franquiciador mediante instrucciones directas sobre la forma en que se debe realizar la operación o, incluso, como directivo de la franquicia. En estos casos, se considera al franquiciador responsable solidariamente respecto de los trabajadores del franquiciado.

En resumen, habrá que examinar el tipo de injerencia que tiene el franquiciador sobre los empleados del franquiciado en la prestación del servicio, para poder determinar así en cada caso concreto la responsabilidad, y por

supuesto, ser el franquiciador muy cauteloso y evitar incluir en los contratos de franquicia, cláusulas en exceso dominantes y controladoras laboralmente hacia el franquiciado, como por ejemplo, la intervención en la elección de los empleados, la posibilidad de conceder primas, incentivos o incluso de ofrecer premios; en dichos casos el franquiciador se convertiría en claro responsable, como consecuencia esas acciones.

En la tónica de estas cláusulas, de posición dominante por parte del franquiciador, destacamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona de 14 de Enero de 2005, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2006⁷⁹⁷, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de Junio de 2006, y más recientemente la SAP de Madrid de 10 de Junio de 2011⁷⁹⁸, la STS de 27 de Septiembre de 2011 y la STS de 8 de Octubre de 2012.

4. DESAVENIENCIAS CONTRACTUALES EN LA FRANQUICIA

A) Fase precontractual

En la franquicia, la realidad es que, los conflictos,⁷⁹⁹ surgen en cualquier momento, en las diferentes fases del contrato de franquicia; esto es, antes de la

⁷⁹⁷ Se reclama contra la resolución sobre conducta restrictiva de la competencia que aplica multa. No hay ninguna duda que un abuso de posición dominante en un mercado puede constituir una infracción del artículo 6 Ley de Defensa de la Competencia en virtud de los efectos que produce en otro mercado relacionado.

⁷⁹⁸ Sentencia cuyo base estaba fundada en un lucro cesante calculado de forma ficticia en una previsión de que, de haberse mantenido el contrato de franquicia vigente, se hubiese conseguido la apertura de diez tiendas más franquiciadas en cada uno de los dos años que quedaban hasta la finalización de la relación y que las ventas de cada establecimiento se mantendrían y su volumen aumentaría de manera considerable cada año, al ser más las tiendas franquiciadas abiertas.

⁷⁹⁹ Sobre la terminología: conflicto, controversia, pretensión, etc., *vid.* PERALES VISCASILLAS, M.P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Thomson-Aranzadi, 2005, págs.88 y ss.

celebración del contrato, durante la vigencia del mismo y con ocasión de su extinción. Así, en el origen (permítaseme la expresión, en la etapa de “noviazgo”), período que coincide con el momento previo a la firma del precontrato o del contrato en sí, es un tiempo donde ambas partes, franquiciador y, –futuro o potencial- franquiciado-, intentan establecer un conocimiento mutuo de lo que por un lado será, el objeto del negocio, y por otro, las cualidades personales y profesionales de la otra parte (recordemos una de las características esenciales del contrato, *intuitu personae*). Por lo que a diferencia con otras figuras contractuales, la regulación de los tratos preliminares en el contrato de franquicia ha merecido especial atención por parte del legislador español.⁸⁰⁰

Durante estos tratos preliminares, en los cuales surgen los intercambios de informaciones entre franquiciador y franquiciado; el primero intentará por todos los medios de enterarse de datos relevantes del franquiciado para poder enjuiciar si le interesa o no como empresario independiente que expanda su red comercial; mientras que por otro lado, el futuro franquiciado, querrá averiguar todas las referencias posibles sobre la franquicia (las cuales, con una antelación mínima de veinte días, el art.3 del RD 201/2010, especifica como obligatorias para el

⁸⁰⁰ Artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, que lo desarrolla y el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, han introducido dos deberes básicos, de carácter precontractual, que afectan a quien pretende franquiciar o, dicho de otro modo, a quien intenta la captación de terceros dispuestos a integrarse en su red comercial; por un lado, la inscripción en un registro administrativo (el Registro de franquiciadores) por parte del franquiciador; y, por otro, informar a los potenciales franquiciados con la anticipación necesaria de una serie de extremos establecidos legal y reglamentariamente (*Cfr.* Art.3 del RD 201/2010).

franquiciador), con el fin primordial de determinar si le resulta atractivo el negocio.⁸⁰¹

Los deberes que tienen el franquiciador en esta fase, a la luz de las específicas obligaciones impuestas por la normativa española y sus consecuencias por eventuales incumplimiento de las partes en la fase precontractual⁸⁰², son las siguientes:

**El deber del franquiciador de transmitir una información precontractual suficiente y veraz, éste, tiene el deber de elaborar y transmitir una publicidad veraz y no engañosa cuando vaya a captar a sus posibles franquiciados⁸⁰³. Esta*

⁸⁰¹ En este sentido la doctrina general del Tribunal Supremo, en las sentencias de 10 de octubre de 1980 y de 3 de junio de 1998, se posicionan de la siguiente manera: primero exponiendo, que los tratos preliminares no comportan por sí mismos compromisos en orden a la eventual vinculación contractual a que se refieren; segundo, que estos tratos igualmente, no van a obligar por su propia naturaleza a la celebración de los contratos; en tercer lugar, que estos tratos pueden en otro sentido, coadyuvar a la interpretación del contrato suscrito y, por ende, en ellos pueden encontrarse las circunstancias que conformen una base sólida para alegar vicios en el contrato; y por último, que las actuaciones desleales en dicha fase precontractual que propiciasen la frustración del negocio, podrían incurrir en una responsabilidad precontractual por los gastos y los daños causados.

⁸⁰² *Cfr.* Las analizadas más exhaustivamente en el Capítulo IV, Sección XIX de la presente tesis: “Acciones en caso de incumplimiento de las cláusulas estipuladas en los contratos”.

⁸⁰³ El Código Deontológico (de la Federación Europea de Franquiciadores), recoge esta obligación al señalar que: “la publicidad para el reclutamiento de los Franquiciados debe estar desprovista de toda ambigüedad y de informaciones engañosas”. En el plano concreto del derecho español, el artículo 62.3 de LOCM, ordena al franquiciador dar al franquiciado –con el fin de que puede decidir libremente sobre su incorporación a la red franquiciada- información sobre los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Y El art. 3 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, y el vigente, Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, describen igualmente la información

información se hará mediante una publicidad no engañosa –conforme a los artículos 3 y 4 de la Ley General de Publicidad (y el art.3 del RD 201/2010).

Pero igualmente para el –futuro- franquiciado, existe un deber de veracidad en relación con sus circunstancias personales y económicas, es decir, viene obligado a aportar buena fe en toda esta fase, comunicando todos los datos veraces en cuanto los mismos resulten esenciales para la formación del consentimiento contractual, es verdad que no existen normas comunes que regulen sus obligaciones como tal, pero sí sería motivo de resolución contractual, el que el franquiciador pudiese demostrar que la formación de su consentimiento fue viciado, debido a la actitud del franquiciado. Otra de las obligaciones de éste será la del deber de confidencialidad, la cual habrá de mantenerse incluso hasta después de la extinción del contrato.

**El deber relativo a la información precontractual;* los preceptos que recogen este deber del franquiciador son: los datos de identificación del franquiciador, nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores; la acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; la descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia que abarcará los datos más importantes de aquel; la experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada; el contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia; los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los

obligatoria que debe aportar el franquiciador al franquiciado.

derechos y obligaciones de las respectivas partes; la duración del contrato; las condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo; y las contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

B) Vigencia del contrato

Los conflictos que pueden surgir en esta fase contractual, esto es, durante la vigencia del contrato, se deben fundamentalmente a un cumplimiento defectuoso de las obligaciones por ambas partes, y éstas pueden ser:

* *Referentes a la transmisión del know-how*,⁸⁰⁴ ejemplos del mismo son: los supuestos donde se declara la nulidad del contrato suscrito entre las partes por existir error en el consentimiento prestado por los representantes de la entidad actora, por carecer de objeto el mismo; supuesto en el que se alega competencia ilícita y desleal con ilícito aprovechamiento del prestigio ajeno utilizando el know-how facilitado por la parte demandante relativo a la actividad que tiene por objeto: la intermediación en la venta, compra y arrendamiento de bienes inmuebles⁸⁰⁵ ; supuesto sobre ausencia de ilícito aprovechamiento del prestigio ajeno mediante persistencia en la explotación por la demandada de know-how concreto susceptible de haber sido facilitado por la parte demandante; supuesto de el que se cuestiona si existió cumplimiento de la obligación de consumir un know-how determinado desde el momento en que se instaló, comercializó y explotó la empresa; supuesto en donde el franquiciador incumplió con la comunicación del

⁸⁰⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986 (Caso "Pronuptia"), señaló; "que el franquiciador deber trasmitir su know-how, o asistencia o metodología del trabajo, aplicando sus métodos comerciales" (con el objeto de diferenciar el contrato de franquicia del de suministro o el de distribución de mercancías).

⁸⁰⁵ *Cfr.* SAP de Barcelona N°315/2004 (Sección 15ª) de 14 de junio.

know-how y la asistencia técnica; y supuesto sobre la falta de acreditación de la demandada de que durante el contrato recabara y se le negare este tipo de conocimiento.⁸⁰⁶

* *Referentes al deber de formación inicial y continuada del franquiciador al franquiciado:* esta formación no sólo debe consistir en adiestrarle al inicio de la explotación de su actividad, sino que esta formación habrá de prolongarse durante toda la relación de franquicia.⁸⁰⁷

* *Sobre la asistencia técnica y comercial;* ésta consistirá en enseñar al franquiciado el uso correcto del saber hacer. Y en dicho sentido la responsabilidad contractual del franquiciador no se derivará de un mal resultado económico del franquiciado, sino de la asistencia prestada de forma negligente.⁸⁰⁸ En este sentido los principales conflictos que se pueden plantear pueden ser; supuestos por parte del franquiciador por incumplimiento de las prestaciones pactadas relativas a la cesión del nombre comercial, de comunicación del know-how⁸⁰⁹, o

⁸⁰⁶ Cfr. SAP de Valencia N° 390/2000 (Sección 6ª), de 26 de abril.

⁸⁰⁷ Mediante por ejemplo, seminarios de formación, en donde se pondrán de relieve todas las mejoras que progresivamente fueran experimentando en su know-how, que incluso en ocasiones, estos progresos vendrán ocasionados por las aportaciones de los propios franquiciados; seminarios de reciclaje, implementando cambios técnicos o comerciales más o menos importantes que habrán de trasladarse a todos los puntos de la cadena; convenciones de franquiciados, que suelen ser encuentros organizados para franquiciados, ya sean regionales o nacionales, en donde se pueden presentar los datos generales de la red de franquicia, las posibles variaciones en la imagen corporativa, presentación de grandes cuentas o por citar otros, la incorporación de nuevos productos, campañas publicitarias y promociones especiales.

⁸⁰⁸ La SAP de Barcelona N°193/2005 (Sección 14ª), de 29 de marzo AC 2005/854; ha aclarado en este sentido que el franquiciador no se compromete a la obtención de determinados resultados económicos del franquiciado, sino a su asistencia y completa formación.

⁸⁰⁹ Vid., la SAP de Salamanca, N° 125/2004 (Sección 1ª), de 30 de marzo.

supuestos de asesoramiento del franquiciador tanto en la puesta en marcha del negocio, como en la gestión integral del mismo.⁸¹⁰

* *Referentes a la obligación del franquiciador de ceder la marca y los signos distintivo*, los principales conflictos encontrados son: los relativos a una cesión de marca inexistente⁸¹¹; supuestos en los que el franquiciado está obligado a devolver al franquiciador sólo los materiales publicitarios de la marca suministrada, pero no la devolución de las prendas adquiridas⁸¹²; supuestos relativos a la ausencia de impedimentos para el uso de la marca⁸¹³; supuestos referente a actos de competencia desleal,⁸¹⁴ caso en el que el franquiciado ha de devolver aquellos elementos que contengan signos distintivos de la marca previo reembolso del precio de adquisición⁸¹⁵; supuestos en que hay una falta de acreditación de incumplimiento de la cláusula que obligaba a la franquiciadora a promocionar la marca que utiliza la red de franquicia⁸¹⁶; e igualmente, cuestiones de reclamaciones por no tener acreditada la titularidad de la marca⁸¹⁷.

* *Referentes a la zona de exclusividad*, ejemplos de este tipo de conflictos pueden ser: el caso que impiden a los franquiciadores a abrir o autorizar la

⁸¹⁰ *Vid.*, la SAP de Zaragoza, Nº524/2000 (Sección 2ª), de 25 de julio.

⁸¹¹ *Vid.*, la SAP de Asturias, Nº 106/2001 (Sección 4ª), de 22 de enero.

⁸¹² *Vid.*, la SAP de Murcia, Nº 399/2000, (Sección 1ª), de 1 de julio.

⁸¹³ *Vid.*, la SAP de Barcelona, Nº 112/2000 (Sección 16ª), de 10 de mayo.

⁸¹⁴ *Vid.*, la SAP de Madrid, Nº 734/1996 (Sección 12ª), de 17 de diciembre.

⁸¹⁵ *Vid.*, la SAP de Zaragoza, Nº 508/2000 (Sección 2ª), de 18 de julio.

⁸¹⁶ *Vid.*, la SAP de Cordoba, Nº 182/2004, (Sección 3ª), de 15 de julio.

⁸¹⁷ *Vid.* la SAP de Vizcaya, Nº 606/1999, (Sección 3ª), de 3 de diciembre.

apertura de nuevos centros⁸¹⁸; el caso referente a la inobservancia del pacto de exclusiva en la distribución de sus productos y su marca, llevándola a cabo fuera del ámbito de su franquicia, de tal forma que otros comerciantes disponían de ellos sin necesidad de pagar el canon exigido a sus franquiciados⁸¹⁹; o el supuesto relativo a la exigencia de comprar la materia prima para garantizar la calidad de las mercancías comercializadas bajo una marca, de modo que la obligación de utilizar sólo productos del franquiciador es consecuente con el otorgamiento del signo distintivo de la marca.⁸²⁰

C) Extinción del contrato

Tanto al finalizar el contrato, como cuando haya desistimiento –ya sea del franquiciador o del franquiciado–, o cuando tenga lugar el cumplimiento del plazo contractual o la resolución del contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes, se suceden toda una serie de conflictos; en los supuestos de desistimiento por alguna de las partes, destacamos como ejemplo a las SSAAPP de Madrid, de 22 de mayo de 2001 (Sección 21º), de 11 de marzo de 2005, Nº 190/2005 (Sección 10ª), y la de Barcelona de 11 de marzo de 2002, (Sección 14ª); y, en los supuestos de incumplimiento unilateral, destacamos la SAP de Barcelona, Nº 179/2004 (Sección 16ª), de 24 de marzo, SAP de Asturias, Nº 220/2003 (Sección 5ª), de 4 de junio, SAP de Valencia, Nº 390/2000 (Sección 6ª), de 28 de abril, SAP de Baleares, Nº 120/2003 (Sección 3ª), de 21 de febrero, SAP de Burgos, Nº 514/2003 (Sección 3ª), de 16 de octubre, entre otras.

⁸¹⁸ *Vid.*, la SAP de Navarra, Nº 81/2002 (Sección 1ª), de 26 de marzo.

⁸¹⁹ *Vid.*, la SAP de Zaragoza, Nº 256/2000 (Sección 4ª), de 10 de abril.

⁸²⁰ *Vid.*, la STS de 24 de febrero de 1994 (RJ 1994,1259).

SECCIÓN XXV.- OTRAS VÍAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. EL ARBITRAJE EN LA FRANQUICIA

A) Consideraciones Generales

Es evidente como estamos poniendo de relieve que la franquicia es uno de los motores de nuestra economía. El riesgo de que surja un conflicto en una red de franquicia se incrementa notablemente cuanto mayor sea su expansión geográfica –ya acabamos de exponer algunos de los principales conflictos que tienen lugar antes, durante y después del contrato-. En la realidad, nadie cuestiona hoy las deficiencias que asolan a nuestro sistema judicial en su conjunto, para resolver toda esta clase de conflictos, así como tampoco se discute la ausencia de viso alguno que nos permita creer que éstas se vayan a arreglar siquiera a largo plazo. Se podrían señalar muchas, sin embargo destacan por encima de todas ellas tres: lentitud, alto coste e incertidumbre de la resolución al ser un tercero ajeno el que resuelve.⁸²¹

Obviamente como en toda afirmación categórica cabrían matices si bien en este caso no hacen sino evidenciar una nueva deficiencia. Así pues, uno de los factores que resultan más decisivos para que los particulares eludan el acceso a la justicia es el de su citada, lentitud, pues al no vislumbrarse siquiera –en tantos casos- la duración de los litigios, se desvanece el interés por la misma y la finalidad que estos persiguen. Todo ello, unido a la morosidad y la tan prolongada

⁸²¹ *Vid.* en este sentido la referencia y el estudio realizado por el maestro, HERRERA CAMPOS, R., “La regulación del arbitraje de consumo”, en *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (Coord. por SUÁREZ LÓPEZ, J.M y (Dir) MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 2013, págs. 655-670.

duración de los procedimientos judiciales pueden afectar seriamente a los intereses tanto de franquiciadores como franquiciados⁸²².

a) Evolución del Arbitraje

El sistema de arbitraje español ha pasado por numerosas etapas⁸²³; así, recordamos la crítica certera que se opuso a la primera Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 (RCL 1953,1734 y NDL 1462), centrándose en que dicha ley entorpecía las soluciones arbitrales abiertas, ya que su aportación

⁸²² Hasta el punto de que se ha dicho con fundamento que "puede convertirse en un auténtico medio de presión de los más fuertes en contra de los más débiles, cuya situación de inferioridad no siempre les permite proseguir dichos litigios". El significado del tiempo en lo judicial lo diagnosticó COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Eds. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág.478., con su conocida frase de que "en lo judicial el tiempo es más que el oro: es Justicia". Y añadió que "quien dispone del tiempo, tiene en sus manos las cartas del triunfo y quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado". La clara evasión de la litigiosidad en aquellas materias en las que gobierna la libre disposición de las partes, es nota que impera en gran número de países que, en cierta manera, rehúsan el sistema judicial. Y es que, como señaló con clarividencia TOHARIA CORTÉS, J.J., "La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ", *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2005, pág.34 y ss.; "lo que la naturaleza del nuevo tipo de conflicto reclama es un mediador, pero lo que se le ofrece es un juez". Y la diferencia entre una y otra figura la apuntó ECKOFF, "Il mediatore, il giudice e l'amministratore nella soluzione dei conflitti", en *La teoria funzionale del diritto*, A. GIANSANTI Y V. POCAR, Unicopli, Milano, 1983, al decir que "el mediador busca ante todo influir sobre las partes para que lleguen a un acuerdo, en base a los intereses que ponen en juego, en tanto que la misión del juez tiene mayor relación con el nivel de las normas aplicables, intentando llegar a una conclusión respecto a cuál de las partes, y en qué medida, tiene razón".

⁸²³ *Vid.* RUIZ DE VILLA JUBANY, J., *¿Por qué un arbitraje en los contratos de franquicia?*, El Derecho Editores, Madrid, 2004; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. de: "Arbitraje y contratos internacionales sobre propiedad industrial en el Derecho español", *RCRA*, Vol. VIII, 1992, págs. 27-47.

consistía en un tipo de arbitraje rígido y extremadamente formal que obligaba a ser concertado necesariamente mediante escritura pública, desconociendo en otro aspecto de interés singular que, fuera de las fronteras patrias, se desarrollaba con ímpetu creciente otro tipo de arbitraje pragmático y progresivo, ignorando dicho arbitraje merced a nuestro exagerado carácter nacionalista. Por lo que en nuestro país se evidenciaba y se echaba en falta una nueva y progresiva Ley de arbitraje, porque sin olvidar que en los tiempos en que se elaboró la Ley de 22 de diciembre de 1953, representó, acaso, un giro importante para su época, sin embargo, dicha Ley fue concebida para la solución de conflictos de naturaleza civil, pero no servía para resolver los conflictos que surgen en el marco de las cada día más complejas relaciones mercantiles, ni menos aún de las que surgen en el tráfico mercantil internacional. Precisamente el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación número 12/1986, relativa a la "oportunidad de tomar ciertas medidas para reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia", postuló que los respectivos Gobiernos deberían –y citamos textualmente-, "adoptar las medidas precisas para que el arbitraje pudiera constituir una alternativa más válida y eficaz en el quehacer judicial". Tras este rápido repaso, nos encontramos con la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) la que llevó a cabo una profunda reforma en esta valiosa institución, teniendo a la vista -e inspirándose en lo fundamental- en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, que fue aprobada el 21 de junio de 1985 y en cuyos trabajos preparatorios participaron representantes de cincuenta Estados y de quince organizaciones internacionales. Ley que debió de ser utilizada y aplicada a la franquicia en sus comienzos y así hubiese dirimido de manera más eficaz a nuestro parecer en determinados conflictos que surgían (respetando siempre las decisiones judiciales). En este sentido para rubricar lo dicho ponemos de relieve el resultado de una Sentencia de 1ª Instancia del Prat del Llobregat que, con relación a una franquicia de hostelería, donde se consideró que hasta la entrada en vigor del RD

378/2003, de 13 de abril, a los contratos de franquicia se les aplicaría el Reglamento 4087/1988, de 30 de noviembre (EDL 1988/13522), y que en virtud de dicho reglamento comunitario sería nula la cláusula en virtud de la cual se impondría a los franquiciados la obligación de comprar todos aquellos productos que no fuesen fabricados por o para el franquiciador o bajo su marca, es decir que los franquiciados eran libres, por ejemplo de comprar bebidas a proveedores distintos de los designados por el franquiciador y que incluso era libre de elegir que bebidas servía. Dejando aparte las consideraciones jurídicas, a nadie se nos escapa que de permitir a los franquiciados modificar un producto del menú en un restaurante o en un fast-food, la homogeneidad e identidad común que se pretende con la franquicia desaparecería y por tanto decaería la finalidad última de la franquicia, y una de las claves de su éxito. Pues bien un árbitro especializado, no sólo hubiese conocido esta realidad económica sino que también, sin duda, habría llegado a la conclusión que a los contratos de franquicia se les aplica, desde finales de 1999 el Reglamento Comunitario 2790/1999 (EDL 1999/67272), que establece una regulación absolutamente distinta (a la resuelta por el Juez) en materia de exclusiva de suministro: “el franquiciador puede imponer el 100% de las compras durante 5 años y el 80% a partir del quinto, pudiendo a la vez solicitar de los órganos de la competencia que el suministro exclusivo del 100% se extienda, más allá de los 5 años, a toda la duración del contrato de franquicia”. Por tanto desde este punto de vista y al amparo de este ejemplo, queríamos resaltar que una de las principales ventajas del arbitraje en lo que a la franquicia se refiere, consiste en la especialización de los árbitros frente a la ausencia de especialización en la franquicia –normalmente-, de algunos jueces. Además en muchos en la mayoría de los Tribunales arbitrales, los árbitros son nombrados entre abogados en ejercicio y ex magistrados con experiencia y amplia preparación en el mundo de la franquicia, a nuestro entender vital a la hora de resolver los posibles conflictos que se susciten entre las partes.

b) Trascendencia y justificación práctica del arbitraje en la franquicia

Ante estas deficiencias judiciales destacadas a lo largo de los años, es evidente que todo empresario que se precie debería evitarlas a toda costa, habida cuenta que tanto la lentitud, como el coste y la incertidumbre, se traducen automáticamente en gasto. Es por ello que cada vez más franquiciadores han tomado la decisión de incluir en sus contratos, el arbitraje como fuero para la resolución de posibles controversias⁸²⁴.

Todo ello, indudablemente como exponemos, tendrá unas ventajas e inconvenientes en lo que respecta a la aplicación del arbitraje en la franquicia:

En primer lugar, en lo referente al tiempo, en la resolución de cualquier contingencia es fundamental en la vida empresarial por cuanto es directamente proporcional al incremento de los gastos. En este sentido el procedimiento arbitral aventaja a la jurisdicción ordinaria. Mientras en el ámbito judicial los plazos son mucho más holgados y no suelen cumplirse, al menos no por los juzgados y

⁸²⁴ En principio el procedimiento arbitral se ha erigido como una alternativa francamente efectiva en la reducción de la mayoría de las deficiencias apuntadas anteriormente en la jurisdicción ordinaria, además si se presta atención a los resultados sobre la opinión pública y justicia realizados en España durante los últimos años, por desgracia, podrá constatarse que el ambiente es desolador, así parece significativo el hecho de que la Administración de Justicia saquen incluso peores notas que la Administración estatal o autonómica, es más, preguntados a los ciudadanos por las instituciones que le inspiran más confianza, incluso quedan por debajo de las Cortes, del Gobierno, de los Ayuntamientos, de la Iglesia, de la Seguridad Social, etc., sólo los partidos políticos y los propios políticos, inspiran menos confianza que la Administración de Justicia. Aunque como vemos tampoco es "oro todo lo que reluce" en cuestión de arbitraje, si creemos -y en este sentido estamos reflexionando-, que esta vía alternativa de resolución de conflictos es primordial en este tipo de contratos basados en las relaciones personales, de confianza y cuyo fin u objetivo último y primordial entre ambos empresarios independientes es común e idéntico: mantener estable las relaciones personales y el máximo beneficio económico mutuo.

Tribunales-ninguno ha llegado a justificar en el ámbito contencioso administrativo el incumplimiento de los plazos como una mera irregularidad formal porque no ha causado indefensión-, en el arbitraje son las partes quienes determinan los tiempos procesales -en el Acto de Inicio- supeditados además a un límite máximo de seis meses para su resolución⁸²⁵. Pero por el contrario nadie dice que los seis meses empiezan a contar desde el Acto de Inicio. De esta manera nos podemos encontrar que hasta que tiene lugar dicho acto hayan podido transcurrir no sólo otros seis meses sino incluso un año: presentación de la instancia, traslado de la misma a la otra parte, contestación de ésta, posible aclaración de algún extremo, aceptación del encargo, designación del árbitro, pago de honorarios propios y posible abono de los de la otra parte tras la expiración del plazo para hacerlo y fijación del acto de inicio para como poco un mes más tarde. Así pues, puestos en el peor de los casos, el arbitraje, puede durar tanto como un procedimiento judicial hasta la sentencia de primera instancia.

En segundo lugar, y en referencia al coste, hemos de destacar que el menor coste de los arbitrajes se destaca generalmente como un claro beneficio respecto a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, siendo justos, debemos desmitificar en primer lugar la opinión generalizada de que son baratos. Menor coste no implica “ganga”, por tanto habrá que desembolsar sumas relativamente

⁸²⁵ Las resoluciones dictadas por los árbitros decidiendo el conflicto de intereses que surgen entre franquiciador y franquiciado, son los laudos. Como señala la SAPde Madrid N°719/2005 (Sección 12a), de 25 octubre, “el laudo arbitral, es una resolución firme con la inalterabilidad de las decisiones judiciales”. El laudo se equipara a una sentencia. Uno y otra, según el ATC N° 259/1993 (Sala Primera, Sección 1a), de 20 julio, “son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica”.

considerables, especialmente cuando la parte instada no abona su parte correspondiente a los honorarios –hecho que sucede con bastante frecuencia–, abonando consecuentemente la parte actora en su nombre, la totalidad de los mismos. Y todo ello considerando el hecho que, además de las tasas, honorarios y gastos fijos, se deben costear aparte cualquier prueba que se quiera practicar así como cualquier contingencia sobrevenida⁸²⁶. Sin embargo a su favor hay que decir que para la determinación de los honorarios se suelen regir por criterios tasados y que además, al no poderse alargar el procedimiento más allá de los seis meses (“a partir del acto de inicio”), van a permitir contemplar con precisión la contingencia de un procedimiento de este tipo en nuestra cuenta de gastos.

Y en último lugar, referente a la resolución por parte de un tercero; la indeterminación de los plazos en el procedimiento ordinario va a generar una indudable incertidumbre por el gasto continuamente no previsto, pero la mayor incertidumbre la genera el hecho que se trata de un tercero, el juez, el encargado de resolver nuestra discordia referente al contrato de franquicia. Un juez que además de estar sobre saturado de expedientes, suele desconocer por completo qué es una franquicia y que, por ello, comienza todas sus sentencias con un “cortar y pegar” de toda la doctrina que ha ido encontrando en su búsqueda inicial para saber de qué le están hablando. El árbitro, no nos olvidemos, también es un tercero, pero a éste, al igual que con los plazos, se le puede escoger consensualmente entre las partes o bien se puede supeditar su designación al conocimiento de determinadas materias (franquicia, propiedad intelectual, derecho de la competencia, etc.)⁸²⁷. Se puede tratar cualquier cuestión directamente con él,

⁸²⁶ En este supuesto, podemos afirmar incluso que el arbitraje puede llegar a ser más caro que un pleito.

⁸²⁷ Respecto a la jurisdicción que ejercen los árbitros, es relevante en este sentido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia de marzo 21 de 1991, expediente

y todo ello sin perder de vista el hecho innegable que al realizar prácticamente uno o dos arbitrajes al año, le pondrá más interés e ilusión a la hora de resolver el conflicto –sin menospreciar por supuesto, la labor de los jueces-.⁸²⁸

B) Problemática del arbitraje en la franquicia

Aun así, no podemos dejar de contemplar la problemática de la cual todo arbitraje adolece; en primer lugar a su posible constitucionalidad como derecho fundamental, y en este sentido destacamos al profesor y arbitralista LORCA NAVARRETE⁸²⁹, cuando se ha referido en uno de sus certeros estudios al interesante problema de si se puede configurar de manera absoluta el arbitraje como un derecho fundamental, lo que a su juicio no es posible, pero manifestando, con todo, que "no le pasa desapercibido al legislador el entronque constitucional del derecho de arbitraje, cuando el preámbulo de la L.A. alude al convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas". Y a propósito de esta cuestión, recuerda Lorca, que los arts. 280 y 281 de la Constitución Española de 1812 acogieron el significado

2227, cuando expresó: "Un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales. Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada en un proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de la verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho (...)"

⁸²⁸ Cfr. MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje, una perspectiva internacional*, Madrid, 2005, pág.29; cuando expone que; "la Ley de Arbitraje constituye un paradigma de los cinco elementos fundamentales que debe desarrollar una buena resolución de conflictos: validez y eficacia del convenio arbitral, autonomía de las partes, amplios poderes a los árbitros con una preparación sobradamente reconocida en la materia, intervención judicial sólo con apoyo al arbitraje, e intangibilidad del laudo arbitral".

⁸²⁹ Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., "El Arbitraje en la propiedad intelectual", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 1, País Vasco, 1992, págs. 49-54.

constitucional de tal derecho al declarar; "que no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes", y también que "la sentencia que dicten los árbitros se ejecutará, si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar". Por lo que afirmamos que el arbitraje ha de recaer sobre cuestiones litigiosas que se hallen en el campo de la libre disposición de los sujetos, conforme a derecho, y así lo vemos en el artículo 1º de la L.A., pero la interpretación del sentido de la norma ha requerido una interesante labor jurisprudencial que se ha centrado en que, las materias válidamente arbitrales, no pueden ser otras que aquéllas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de la voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya de todos -indisponibilidad absoluta-, ya de aquéllos que dictan la privacidad sobre asuntos que sólo pueden ser reglamentados por otros -indisponibilidad relativa-.

Por otro lado, además de su constitucionalidad, nos encontramos igualmente con la problemática al supeditar al orden judicial la revisión de las medidas cautelares⁸³⁰ y la ejecución del laudo (art. 23 y 40 a 43 de la Ley 11/2011,

⁸³⁰ En este sentido, y como ejemplo de petición de medidas cautelares destaca, el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Gijón, 8 de Octubre de 2012, donde se procede a pedir medidas cautelares por parte del demandante, para que en el plazo de 5 días –la parte demandada-, “cumpla todo lo relativo a la cláusula 14 del contrato de franquicia, con entrega de todos los signos distintivos y eliminación de cualquier vestigio de la marca, en la misma cláusula se cesa inmediatamente al franquiciado de explotar la franquicia y de presentarse o prevalerse de la condición de franquiciado respecto de cualquier tercero, proceder al pintado de los locales para evitar los colores de la franquicia, perder la posición territorial del franquiciado con respecto a la franquicia (...)”.

de Arbitraje⁸³¹). Es práctica habitual del desfavorecido por la decisión impugnar estas decisiones⁸³², en especial los laudos, ante la jurisdicción ordinaria, con lo cual volvemos a sufrir un nuevo retraso y la incertidumbre de la resolución final que recae sobre el tercero que hemos pretendido evitar, el juez, con las consabidas características negativas de las que hacen gala⁸³³.

⁸³¹ El BOE de 21 de mayo de 2011 publicó la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Estas leyes, dictadas al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, constituyen la segunda reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje. La primera se produjo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

⁸³² Podemos observar un reciente ejemplo ilustrativo de la ejecución de la revisión de un laudo, la SAPde Barcelona 275/2010, de 20 de septiembre, donde se produjo una intervención judicial con carácter extraordinario para la revisión del laudo arbitral dictado el 3 de septiembre de 2009 por el Tribunal Arbitral de Terrassa -aunque finalmente fue desestimada-, en la cual el árbitro; “estimó la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la instada, sin hacer expreso pronunciamiento con respecto a las costas (...)”. La referida anulación, del comentado laudo se pretendía conseguir, y así lo alegó la parte interesada al creer firmemente que: “el árbitro resolvió sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (...)”, pero finalmente, la Audiencia, tras escuchar sus peticiones, decidió desestimar las mismas, y además imponer las costas a la parte demandante.

⁸³³ Así podemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, (Auto 2002/43037) de Arbitraje Internacional y medidas cautelares, donde la Audiencia Provincial analiza la sentencia de primera instancia en la que se acordó acceder a la medida cautelar solicitada (entrega de un buque en depósito), y relativa a un procedimiento arbitral extranjero del que se conocía en Londres. Se determina cual es la ley procesal aplicable al caso y se desestima la solicitud de nulidad de las actuaciones “al no haber sido protestados ni recurridos los defectos procesales alegados en primera instancia, por lo que no cabe entrar en ellos en segunda instancia (...)”. Sigue analizando la Audiencia detalladamente la jurisdicción internacional sobre medidas cautelares y los preceptos que la LEC 1/2000 contiene sobre la materia y que tratan; *de salvar los problemas que pudieran derivarse la desconexión geográfica entre la fase cognoscitiva de*

C) El arbitraje *ad hoc* en el contrato de franquicia

Lo cierto es que esta forma extrajudicial aplicada a los contratos de franquicia de resolución de conflictos, sí goza de claras ventajas sobre la jurisdicción ordinaria si bien, como se ha podido comprobar, no puede hacer desaparecer la incertidumbre sobre la resolución final y, por tanto, también se va a traducir en gasto alejándonos de nuevo del único objetivo que todos deberíamos perseguir: obtener beneficios.⁸³⁴ Los arbitrajes sujetos a la LA, se resolverán en los contratos de franquicia en Derecho, a no ser que las partes hayan autorizado

la cautela y la fase ejecutiva de ésta, estableciendo la posibilidad de que las medidas se adopten en el lugar donde deberán ser ejecutadas. También se estudian las características de las medidas cautelares y los requisitos que deben cumplir para concluir que se dan todos y cada uno de ellos: peligro por demora procesal, apariencia de buen derecho (ya se había dictado el laudo arbitral y sólo quedaba la ejecución y caución suficiente ya prestada en estos autos), además de la subordinación a un proceso principal. No se condena al abono de las costas a la demandada dadas las dudas de hecho y de derecho que plantea el caso, la oscuridad de las normas y la repetición de petición de medida cautelar de similar entidad.

⁸³⁴ Obsérvese como en España, en el año 2002 se creó la denominada, Corte de Arbitraje de la Franquicia, promovida por la Asociación Española de Franquicias y por profesionales independientes del ámbito jurídico y empresarial. Esta Corte está formada por árbitros especializados en el contrato de franquicia, y los laudos que emite son firmes y de muy difícil apelación, comprometiendo a las partes a ejecutarlos sin demora. Los laudos se dictan en un plazo máximo de 6 meses, desde que se acepta por el árbitro la resolución de la controversia. Hasta ahora, las funciones de apoyo judicial del arbitraje estaban encomendadas a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil, en razón a la materia sobre la que versara el arbitraje [ex arts. 8 LA y 86 ter 2 g) y 3 LOPJ]. Con la reforma de la L.A. y de la LOPJ se suprime por completo la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (Disposición derogatoria de la LO 5/2011, de 20 de mayo, complementaria) con lo que se les descarga de cuestiones no estrictamente mercantiles, posiblemente con la intención de evitar el colapso de estos Juzgados, sobre todo en el momento presente en el que ha crecido extraordinariamente el número de procesos concursales para cuyo conocimiento son competentes. Aunque también cabe pensar que la supresión de las funciones de apoyo al arbitraje por los Juzgados de lo Mercantil puede obedecer a las dificultades que entraña, en ocasiones, la atribución de la competencia objetiva.

expresamente a los árbitros a resolver en equidad. Para el caso en que las partes no indicasen las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas, y en todo caso, decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables. En el caso de que el arbitraje lo sea de un contrato de franquicia internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Hemos observado que en la práctica del arbitraje internacional, la elección directa por los árbitros del derecho aplicable para resolver la disputa suele hacerse depender de las circunstancias particulares de la controversia, de los elementos de conexión que tenga la ley aplicable o de la relación contractual subyacente, de la existencia de normas de derecho imperativo y, en algunos casos también, de que la ley aplicable sea favorable al principio de conservación del contrato. En todo caso, lo aconsejable es que las partes negocien⁸³⁵, y acuerden expresamente qué ley deberá aplicarse para resolver el fondo de una posible controversia, de forma clara y precisa, sin dar lugar a interpretaciones posteriores ambiguas o complejas. Pero puede ocurrir igualmente, que en las actuaciones arbitrales que estén dirimiendo una controversia objeto del contrato de franquicia, las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a dicha controversia, en cuyo caso los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. Ese

⁸³⁵ Véase el Capítulo IV, “El contrato de franquicia”, Sección XVII, “Negociación contractual”, de la presente tesis.

laudo que se dicta tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

En estas prácticas que suelen ocurrir cuando incluso antes de que el árbitro dicte su laudo, se alcance una solución negociada entre ambas partes; franquiciador y franquiciado, ambos de acuerdo, pueden: suspender el procedimiento, renunciar al mismo, desistir bilateralmente o transigir sobre todas o algunas de las cuestiones sometidas a la resolución de los árbitros, desistir de su demanda, renunciar a la acción, allanarse, etc., y en este caso tanto el franquiciador como el franquiciado notificarán por escrito al árbitro su decisión, con el fin de que tenga éste constancia de la decisión de las partes y el árbitro pueda examinar tal decisión. Los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios, y éste podrá ser total, resolviendo todas las cuestiones objeto del conflicto, o parcial, decidiendo sólo algunas de ellas. Los laudos parciales tiene el mismo valor que el final y puede ejecutarse o anularse, teniendo efectos de cosa juzgada. Además de las cuestiones de mero trámite, pueden darse en materia de resolución, excepciones que impidan entrar en el fondo de la controversia, tales como: valorar sobre competencia, respecto de la adopción de medidas cautelares y, en la resolución de la recusación de los árbitros. Importante es igualmente resaltar que el contenido del citado laudo no será revisable judicialmente.⁸³⁶

⁸³⁶ Así queda señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988, cuando señala que se trata; “un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica”, aunque eso sí, como señala igualmente ATC N° 259/1993 (Sala Primera, Sección Ia), de 20 julio, en todo caso da las posibilidades; “de dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias”.

Como es sabido, el convenio arbitral al que se llega en la franquicia produce dos efectos: un efecto positivo que obliga a las partes (franquiciador y franquiciado) a cumplir lo estipulado en él, y un efecto negativo que impide a los Tribunales jurisdiccionales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, salvo que las partes renuncien; de tal suerte, sólo si, presentada una demanda ante un órgano judicial, la parte demandada realizara cualquier gestión que no fuera la de proponer la declinatoria, se entenderá sometida tácitamente a la jurisdicción (art. 11.1 LA).

D) Configuración jurisprudencial del arbitraje en el sistema arbitral español y en derecho comparado

En nuestro derecho patrio, debido a la actividad y al impulso que están tomando los contratos de franquicia, la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) y la Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado (AEDEF), impulsaron -y así surgió como ya exponíamos-, la Corte de Arbitraje de la Franquicia, proyectándose el Arbitraje como el medio más idóneo para la resolución de estos particulares conflictos que afectan a este modelo de negocio. La Corte de Arbitraje de la Franquicia aparece de esta forma en el panorama del Arbitraje español como pionera, al estar especializada en el sector de las franquicias. Destacan todo tipo de sentencias en relación con los conflictos surgidos por ambas partes y propiciados por todo tipo de controversias, así *la* Sentencia nº 43/2013 de TSJ Comunidad de Madrid (Madrid), Sala de lo Civil y Penal, 18 de Junio de 2013, para ejercitar la acción de nulidad del laudo arbitral dictado el 1 de marzo de 2012, por la propia Corte de Arbitraje española, y alegando la demandada la nulidad por; “ser la designación del árbitro contraria al artículo 17 de la L.A, ser el laudo dictado contrario al orden publico e, inexistencia o invalidez del convenio arbitral”. En este sentido destaca también la SAP de Barcelona de 7 de Junio de 2000 (recurso 1408/96), que nos aclara este punto reproduciendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica

Europea de 1 de Junio de 1999 , que respondió a una determinada cuestión prejudicial en el sentido que: "un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público". Otra Sentencia, en este caso de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de octubre de 2005, pide igualmente la nulidad parcial de un laudo arbitral, porque resuelve cuestiones no sometidas a arbitraje ya que; "admite una compensación opuesta como excepción y no como reconvencción, e incluye entre las partidas compensadas algunas que no eran objeto de arbitraje, como el caso de la devolución de la fianza (...)"; la sumisión total o parcial de todo o parte de un conflicto como el presente sometido a arbitraje, depende de la voluntad de las partes, sea está expresa o tácitamente expresada; lo mismo que sucede en un *ex post laudo* con la congruencia, que es igualmente subsanable por las partes, pues que tan solo de ellas depende cual sea el *tema decidendi* sobre el que pueda pronunciarse el árbitro, aunque como decimos la congruencia tan sólo puede subsanarse tras la emisión del laudo, puesto que tan sólo se pone de manifiesto en ese momento, ya sea mediante la renuncia tácita a la impugnación del mismo o en el marco de un acuerdo transaccional expreso posterior al laudo y sobre la base del mismo. En cambio, otras causas de la impugnación del laudo, como la arbitrabilidad de la materia litigiosa de la franquicia, o la existencia de la cosa juzgada, o la existencia de una situación concursal previa de una de las partes –franquiciador o franquiciado- en litigio, son hechos cuya constatación corresponden al árbitro en primera instancia, y que en ningún caso dependen de la voluntad de las partes manifestada durante o tras el proceso arbitral, por lo que no cabe aquella tácita subsanación.

En relación al arbitraje internacional⁸³⁷, existe igualmente la denominada “autonomía conflictual”, que le permite a las partes elegir el derecho y el procedimiento aplicable al contrato de franquicia -pacto arbitral-. Este arbitraje consiste en que las partes se sometan a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje⁸³⁸. Dicho procedimiento que debe adoptar el centro, debe ser establecido en los fueros internos de los distintos países. Somos partidarios de que los particulares no puedan fijar las reglas y procedimientos en el arbitraje institucional, pese a que si puedan nombrar libremente a los árbitros, creemos

⁸³⁷ Cuyo origen hay que remontarse a las tribus primitivas, utilizado ya en Babilonia, entre los hebreos, en la Grecia antigua, en Roma, utilizada por toda la antigüedad clásica, pasando por el derecho bizantino y ganando nueva vida en la Edad Media, donde fue utilizado por la Iglesia, con el surgimiento de las ferias medievales los comerciantes preferían, en lugar de los Tribunales (configurados para un sistema difícil), a los árbitros escogidos entre ellos, pues los negocios internacionales tenían que ser decididos con mucha celeridad y bajo una forma de justicia igualitaria. Los estados más modernos trajeron la popularidad del arbitraje debido a la existencia de Tribunales privilegiados para la nobleza, la lentitud y los costes elevados de los procesos. Así dos Convenciones dieron lugar a la creación de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (CPAI), ambas en La Haya -1899 y 1907-, surgiendo una verdadera jurisdicción permanente en 1917 con la Corte Permanente de Justicia Internacional. Luego el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención de Ginebra de 1927 y la Convención de 1958 hicieron que surgieran organizaciones internacionales permanentes que asegurarán la independencia del instituto, surgieron la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC), con su sección norteamericana, la American Arbitration Association y la Asociación Japonesa de Arbitraje, más adelante, el 15 de diciembre de 1976, a través de la resolución 31/98, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, creó las conocidas –y citadas- reglas arbitrales de UNCITRAL.

⁸³⁸ Según el tratadista, GIL ECHEVERRY, J.H., *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Edit. Temis, Bogotá, 2003, pág. 33; nos expone en que consiste este sistema de resolución alternativa de conflictos; “el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo de la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”.

firmemente en un arbitraje legal, establecido conforme a unas reglas preestablecidas y no dejadas al libre albedrío de las partes, un arbitraje que sea reflejo al nuevo orden económico internacional -propiciado por la globalización de los mercados-, un arbitraje que en principio se abstenga de ser solucionado por Tribunales arbitrales locales que pudiesen herir la parcialidad a favor de una de las partes, un sistema de resolución de conflictos con un máximo grado de imparcialidad en el fallo, un arbitramiento que deberá empezar con la firma del convenio arbitral -la cual se producirá indudablemente cuando las partes tengan su domicilio en Estados diferentes al momento de haberse suscrito el contrato de franquicia-, y un sistema donde se reflejen todos los mecanismos de su funcionamiento para que no quepa error a su interpretación.⁸³⁹

Por lo tanto a la hora de emplear el arbitraje internacional deberemos tener muy presente primero, la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, la facultad que tienen tanto franquiciador como franquiciado de

⁸³⁹ Así, el artículo 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París dispone: “las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo, el Tribunal, aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. Aunque en todo caso, cualquiera que sea el método hermenéutico elegido por los árbitros en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio franquiciador, estarán en la obligación de argumentar los árbitros, las razones por las cuales se inclinaron por una u otra regla de conflicto. El sistema más antiguo, heredado de la Estatutaria y reflejado en numerosos códigos del sistema continental, era el del lugar de celebración del contrato, *lex loci celebratienis*, también el del lugar de ejecución de las obligaciones, *lex loci solutionis*, y el de la nacionalidad común de las partes o el de la residencia de estas. *Vid.* JUENGER, F.K., “Contract Choice of Law in the American”, en *AJCL*, Vol.45, 1997, págs. 197 y 198; *Ibidem*, “el derecho aplicable a los contratos internacionales”, en *Jurídico-Anuario de la Universidad Iberoamericana*, un. 23, 1994, págs. 55-55; *Ibidem*, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to international Constructs”, págs.389-392.

escoger el derecho aplicable al fondo del litigio, la aplicación del procedimiento⁸⁴⁰, y sobre todo, el reconocimiento de la aplicación de los laudos dictados por los árbitros internacionales de carácter ejecutivo, su denominado efecto de “cosa juzgada”, con la consiguiente obligatoriedad de cumplimiento para ambas partes, su denominado efecto de “cosa juzgada”⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ En este sentido, entre los diversos procedimientos que pueden pactar las partes en el acuerdo de arbitraje pueden ser: a un procedimiento conforme a un Código, conforme a las Reglas de Arbitraje previamente establecido; a un procedimiento conforme a reglas elaboradas por un caso concreto; o conforme a reglas de una institución arbitral; o incluso conforme a los lineamientos que fije el árbitro (ejemplo ilustrativo de este tipo de procedimiento lo encontramos en Colombia en la Doctrina de la Corte Constitucional expresada en la Sentencia C-347 del 23 de julio de 1997, al abordar una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 315 de 1996, el cual resolvió; “observa la Corte que el laudo que profiera el Tribunal Internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigente en Colombia, excepto las del procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2º del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero; “que no se oponga a las leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento”. E igualmente en este sentido también destaca el laudo único de la Cámara de Comercio Internacional de París, N° 5993, establecido el 1 de septiembre de 1998, que en un supuesto de compraventa de carbón sudafricano consideró que; “ante el silencio de las partes en relación con el derecho aplicable, éstas han querido evitar la aplicación de un derecho nacional, sometiendo cualquier litigio que pueda surgir a un *derecho puramente internacional*. Noción equivalente a la *lex mercatoria* (ley que designa al conjunto de reglas del comercio internacional que se aplican a todas las partes que participan en ese comercio). Así, este nuevo derecho de los comerciantes “presenta la característica de ser verdaderamente internacional, lo que supone la única solución posible al litigio desde el momento en que no hay manifestación de voluntad de las partes respecto a un derecho nacional”.

⁸⁴¹ Según el art. 43 de la L.A.: “el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”. Aunque debe ser matizado, ya que en ocasiones en el caso de que tanto el franquiciador como el franquiciado, excepcionen la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer el arbitraje y

E) Versatilidad práctica del arbitraje en la franquicia

Lo que es indudable es la importancia que está tomando este sistema de resolución de conflictos gracias a su confidencialidad (ya que los laudos no se publican), agilidad, eficacia y flexibilidad (pues no está sujeto a la legislación procesal de un país determinado), especialidad (normalmente los árbitros escogidos suelen ser especialistas en la materia, dedicando mucho más tiempo en resolver), rapidez (recordemos que su duración está entre 3 y 6 meses), su ambiente de “amistad” (a diferencia de lo que ocurre utilizando la vía judicial, donde se ha abandonado todo el posible entendimiento entre las partes y unos dotes mínimos de “cordialidad”), su obligatoriedad; en definitiva una serie de ventajas que hacen que el mismo se convierta en un sistema de resolución de conflictos, esencial y primordial por lo que representa y contribuye al sector de la franquicia⁸⁴².

el tribunal decida en ese momento, y no en el laudo que ponga definitivamente fin al proceso arbitral, desestimar dicha excepción (laudo frente al que la norma prevé expresamente la posibilidad de ejercitar el derecho de anulación).

⁸⁴² Existe un informe elaborado por la Consultora y Auditora “PwC” (2011), el cual señalaba que el 62% de las empresas multinacionales de franquicias, preferían recurrir a arbitraje antes que a los Tribunales de Justicia. El estudio, basado en la realización de una serie de entrevistas con los profesionales de los servicios jurídicos internos de las principales compañías franquiciadoras trataba de una encuesta, cuyos resultados -tras interrogar sobre la vía de resolución de conflictos que utilizarían y preferirían ante potenciales conflictos entre franquiciadores y franquiciados-, fueron sorprendentes; el 72% de los encuestados preferían recurrir a dicho sistema de arbitraje -junto al arbitraje internacional-, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria. (Cfr. www.elderecho.com/actualidad/profesionales/arbitraje_tribunales_de_justicia_0_541125310.html).

A nuestro entender no es tan sorprendente dicho resultado, ya que es completamente lógico que, un negocio donde prima las relaciones personales y de interdependencia entre las partes que lo conforman, parecería impensable que pudiesen continuar con su cometido empresarial de colaboración –el éxito mutuo del negocio-, tras la utilización de un medio que podíamos

2. LA MEDIACIÓN

A) Aproximación a los contratos de distribución comercial.

En los contratos de distribución comercial, en los que ambas partes son empresarios, las relaciones se desean duraderas y la atipicidad suele ser su condición, se plantean, como en el resto de los contratos y las relaciones jurídicas, controversias que deben resolverse mediante procedimientos eficaces y rápidos que eviten, aún en su solución, la ruptura de la relación comercial cuando no es lo que se pretende. Así el contrato de concesión mercantil (en virtud del cual un empresario se compromete a recibir de otro, productos –normalmente de una marca y en determinadas condiciones- para revenderlos, integrándose en la red de distribución del otro) y el contrato de franquicia, posiblemente escindido o modalidad del de concesión (el celebrado entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una otorga a la otra el derecho a utilizar, en tiempo y zona determinada y bajo determinadas condiciones de control, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra la entrega por éste de una contraprestación económica) se revelan como prototipos de los contratos de distribución que permiten la distribución de bienes o servicios en una red organizada en el mercado y como mecanismos específicos de desarrollo económico. En ambos, los contratantes serán comerciantes, empresarios (concedente y concesionario; franquiciador y franquiciado, al que se le permite (y obliga, en ocasiones, en exclusiva) el uso de los signos de aquél, en especial su rótulo y sus marcas⁸⁴³. La

definir como menos “amistoso” y donde ambas partes –a pesar del resultado-, tendrían mucho más que perder, que ganar (lo que ocurre como sabemos, en la mayoría de los procedimientos judiciales).

⁸⁴³ *Vid.* MUGGENBURG, C., “Contratos de licencia y/o franquicia”, Derecho Privado, (ADAME GODARD, Coord.), UNAM, México 2004, págs. 367-377; QUINTANA ADRIANO, E.A.,

propia dificultad de distinguir estos contratos, sus perfiles poco claros y no definidos, el carácter exclusivamente convencional de su contenido y las dificultades que pueden surgir en las relaciones entre los contratantes, sobre todo en el momento de su extinción, reclaman la resolución del eventual conflicto por vías alternativas a las judiciales, más rápidas y menos traumáticas, nuevas vías que encuentran en ellos perfecto encaje pues ha de destacarse el altísimo grado de litigiosidad en este sector de la contratación (en múltiples aspectos) y, de modo concreto, en el contrato de franquicia (franchising).

a) Consideración de la mediación en la franquicia en el panorama internacional.

Otro sistema de vital importancia y de especial consideración para este sector -por la especial relación de colaboración de ambas partes contratantes-, es la denominada mediación, la cual resuelve los problemas acaecidos en los contratos de franquicia solucionándolos sin llegar ni a Tribunales ordinarios ni a cámaras de arbitraje. Este nuevo método alternativo de resolución de controversias (MARC), tal y como son conocidos en el mundo anglosajón, ADR (Alternative Dispute Resolution),⁸⁴⁴ consiste en que alguien neutral, una persona de reconocido prestigio, una asociación, o un tribunal especial, trate de acercar las

“Régimen jurídico de los contratos atípicos”, *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coord.), UNAM, México 2004, págs. 267-276; RUIZ DE VILLA JUBANY, J., *¿Por qué un arbitraje en los contratos de franquicia?*, El Derecho Editores, Madrid, 2004; ORTUÑO MUÑOZ, P., “Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 22 de abril de 2013; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Contratos atípicos en el ámbito mercantil español y europeo”, *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coord.) UNAM, México 2004, págs. 277-316; entre otros.

⁸⁴⁴ *Vid.* BARONA VILAR, S., “Solución extra jurisdiccional de conflictos”. *Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 69 y ss; y las precisiones que en ese lugar lleva a cabo la autora en relación con el término “ADR”.

posturas entre franquiciador y franquiciado⁸⁴⁵, y si esto no funcionará, entonces se recurrirá posteriormente al arbitraje. Por lo tanto la mediación es una forma privada, voluntaria, no vinculante, confidencial, muy flexible e informal de resolver conflictos entre las partes, con la ayuda de un tercero, el mediador.

La mediación como forma de resolver los conflictos en los contratos de franquicia ha tenido y tiene un gran éxito en el derecho comparado, y fundamentalmente en Estados Unidos. La IFA elaboró el Programa Nacional de Mediación de Franquicias (*The National Franchise Mediation Program*)⁸⁴⁶, que se administra por el Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones (*The International Institute for Conflict Prevention and Resolutions*)⁸⁴⁷ y está apoyada por la IFA y la Asociación Americana de Franquiciados y Distribuidores (*The American Association of Franchisees and Dealers*)⁸⁴⁸. Los datos satisfactorios hablan por sí mismos: alrededor de 90% de

⁸⁴⁵ A nuestro juicio, el principio de neutralidad, tiene que ver con el mediador y su relación con el asunto que se trae al proceso de mediación. Este principio impone de manera taxativa la abstención del mediador de actividad alguna que pueda suponer la imposición de un acuerdo determinado, y también la de ofrecer consejo a las partes, para que lo alcancen en los términos por él considerados como “buenos para ellas”. Serán las partes las que, por sí mismas, (*vid.* definición de la mediación en la Directiva 2008/52/CE -art. 3 a-), encuentren la solución al conflicto, judicial o no, con la ayuda del mediador.

⁸⁴⁶ Programa Nacional de Mediación de Franquicias (National Franchise Mediation Program), Nueva York, 1996. (*Vid.* <www.franchise.org/files/franbroc.pdf> última consulta, día 15 de septiembre de 2014).

⁸⁴⁷ El Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones The International Institute for Conflict Prevention and Resolutions, CPR) es una institución independiente para resolver los conflictos entre empresarios. (*Vid.* www.cpradr.org, última consulta, día 17 de septiembre de 2014).

⁸⁴⁸ Asociación Americana de Franquiciados y Distribuidores (The American Association of Franchisees and Dealers) es la Asociación creada para proteger los derechos de los consumidores, promueve las reglas para una franquicia justa y ayuda a luchar contra los

casos, sometidos al Programa Nacional de Mediación de Franquicias se resolvieron con satisfacción para ambas partes. El funcionamiento es ágil y sencillo; se inicia con una carta de conflictos que se envía por una parte a la otra y al Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones; se necesita previamente que las partes intenten solventar y resolver su conflicto sin la intervención de tercera persona –de mediador-; si las negociaciones no han tenido éxito, el Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones aporta a las partes los nombres de cinco mediadores localizados en la región, en el domicilio donde se encuentra la franquicia –estos mediadores se seleccionan de un grupo de expertos en franquicias-; normalmente el encuentro entre las partes suele desarrollarse en las propias oficinas del mediador, iniciándose una sesión conjunta –con todas las partes implicadas-, para ir clarificando posturas, y posteriormente seguirán sesiones separadas con cada una de las partes, hasta la conclusión final, y la tan esperada resolución y acuerdo entre las mismas partes llegando ellas mismas a un acuerdo final, y es entonces el mediador cuando dejará constancia del acuerdo y de las condiciones pactadas. El proceso es similar en todos los países, en Europa por ejemplo, las asociaciones de franquicias nacionales también elaboraron los procedimientos de mediación para resolver los conflictos entre los franquiciadores y los franquiciados. Así surgen, la Asociación Británica de Franquicia (*The British Franchise Association*)⁸⁴⁹ y la Federación

fraudes en la esfera de franquicia. (Vid. <www.aafd.org> última consulta, día 17 de septiembre de 2014).

⁸⁴⁹ Asociación Británica de Franquicia (*The British Franchise Association*), asociación nacional de franquiciadores, franquiciados y asesores profesionales que fue creada en el año 1977. (Vid. <www.thebfa.org> última consulta, día 17 de septiembre de 2014).

Francesa de Franquicia (*La Fédération Française de la Franchise*)⁸⁵⁰ creando sus propios mecanismos de mediación.⁸⁵¹

La Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) ha aprobado un Reglamento de Mediación que está en vigor desde el 7 de marzo de 2012⁸⁵². Su principal interés radica en que se detallan todos los pasos, trámites y actuaciones de las partes y del mediador, así como los efectos del procedimiento, suponiendo un rico material para poder comprender cómo se lleva a cabo por una Asociación de reconocida solvencia y prestigio. Igualmente –y muy recientemente–, la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) firmaron en el presente junio de 2014, un convenio de colaboración fruto del cual se pone en marcha un novedoso servicio para impulsar la mediación y el arbitraje internacional entre los

⁸⁵⁰ Federación Francesa de Franquicia (la *Fédération Française de la Franchise*), organización nacional creada en París en el año 1971 para proteger los intereses de franquiciadores y franquiciados, que son miembros de la Federación. (*Vid.* <www.franchise-fff.com> última consulta, día 17 de septiembre de 2014).

⁸⁵¹ Para estos fines, la Federación Francesa de Franquicia creó la Cámara de mediación, compuesta de tres miembros: un anterior Presidente de la Federación Francesa de Franquicia, un franquiciador y un franquiciado, que sean miembros de la propia Federación.

⁸⁵² Puede verse en la página web: www.aeade.org. En el continente americano la regulación, a modo de ejemplo ilustrativo de la mediación, se regula con la implantación de un programa elaborado por la IFA, el Programa Nacional de Mediación de Franquicias (The National Franchise Mediation Program, creado en Nueva York, 1996,) que se administra por el Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones (The International Institute for Conflict Prevention and Resolutions, Institución independiente para resolver conflictos entre empresarios) y está apoyada por la IFA y la Asociación Americana de Franquiciados y Distribuidores (The American Association of Franchisees and Dealers, asociación creada para defender los derechos de los consumidores, promueve las reglas para las franquicias justas y ayuda a la lucha frente a los fraudes de la franquicia)

franquiciadores (aunque en la actualidad aún carece de algún expediente resuelto, dada la premura de su constitución)⁸⁵³.

B) La mediación española: sistema de resolución incluida en el contrato de franquicia

Es necesario igualmente en este sistema hacer referencia a su regulación en el ámbito español, la Ley 5/2012, de 6 de julio⁸⁵⁴, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que junto con la ya citada, nueva Ley 11/2011 de Arbitraje, ambas nos brindan sendas posibilidades para afrontar las dificultades que nos podrían acaecer, indicándonos, como principales vías para prever, evitar y solucionar potenciales conflictos, la de encontrarse adecuadamente previstos en

⁸⁵³ *Vid.* los estudios realizados por la doctrina donde se pone de manifiesto la importancia y el impulso de la mediación, así entre otros; CISTERNINO, F., “La conciliazione nei contratti di distribuzione del gas”, en *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori (a cura de N. SCANNICCHIO)*, Bari, 2007, págs.325 y ss.; GIL ECHEVERRY, J.H., *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Edit. Temis, Bogotá, 2003; PÉREZ MARTELL, R., “Conflictos en el contrato de franquicia y soluciones a los mismos”, <http://vlex.com/vid/conflictos-solucion-arbitraje-43440903>; QUINTANA GARCÍA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, www.lawyerpress.com, 25 de abril de 2013; RODRÍGUEZ PRIETO, F., “Se regula la mediación civil y mercantil y sus efectos, por el Real Decreto-Ley 5/2012 del 2 de marzo”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, págs. 15-17.; AA.VV., *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades* (Dir. SAEZ HIDALGO, C. – DORREGO DE CARLOS; A.), Revista Jurídica de Castilla y León, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona 2013; AA.VV., *Practicum mediación* (VÁZQUEZ CASTRO, E., director; FERNÁNDEZ Canales, C., Coord), Cinzur Menor, 2014; GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus, 2012.

⁸⁵⁴ En el BOE número 162 de 7 de julio de 2012, dicha Ley deroga el RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE número 56 de 6 de marzo de 2012), que se aprobó con urgencia y que, como indica en su exposición de motivos, es el primer intento de ordenación general de la mediación a los diversos asuntos civiles y mercantiles.

cualquiera forma o cláusula en los contratos de franquicias firmados desde sus comienzos.

Para comenzar, debemos afrontar lo que en nuestra opinión son las tres etapas necesarias e indispensables que nos permiten velar por una mayor seguridad jurídica de la franquicia, así:

1º. El establecimiento de un sistema de comunicación adecuado entre franquiciador y la red con la intención de evitar, en la medida de lo posible, la existencia del conflicto o la previsión de un sistema interno de solución (en algunas enseñas se ha desarrollado con éxito una especie de “*defensor del franquiciado*”).

2º. El recurso a la mediación para los supuestos en los que el conflicto haya nacido y quiera solucionarse bien para concluir la relación de mutuo acuerdo, bien para intentar proseguir con la relación.

3º. El recurso a fórmulas arbitrales de resolución del conflicto que puedan brindar a las partes mayor flexibilidad que la vía judicial ordinaria.

Las características esenciales, en este caso de la mediación, la constituyen su flexibilidad y su ausencia de formalismos, características que permiten a franquiciador y franquiciado establecer las bases de la negociación encontrando por sí mismos una solución. Además dado que en un contrato de franquicia abundan elementos de muy diversa naturaleza, la variedad de soluciones que pueden surgir en el acuerdo es óptima para alcanzar un resultado en el que las dos partes ganan. Otro de sus principales rasgos lo constituye su carácter voluntario y su bajo coste, es evidente y por tanto resulta inocuo, utilizar la mediación como paso previo siempre que surja un conflicto. Para ello

recomendamos que se prevea expresamente en el contrato⁸⁵⁵, estableciendo éste los elementos fundamentales de la misma, como pueden ser: la cualidad del mediador, el lugar, el idioma o incluso los elementos básicos de la mediación. Aunque no debemos olvidar, que el sometimiento a arbitraje –visto con anterioridad-, puede ser en ocasiones recomendable en los casos en los que sea esencial tener un conocimiento técnico mayor de las peculiaridades del sector; su mayor rapidez y la mayor especialidad de los árbitros, pueden incidir en una reducción de costes.

Existen igualmente en los contratos de franquicia la posibilidad de incluir cláusulas híbridas, “mediación más arbitraje”, en las cuales las partes someterán a arbitraje todas aquellas cuestiones en las que no se haya obtenido previamente un acuerdo durante la mediación.

En principio, la mediación se podría considerar como; “un procedimiento de resolución de conflictos en el que interviene un tercero -mediador- dotado de amplias facultades de información y propuesta, cuya función consiste en buscar el acuerdo entre las partes mediante la propuesta de una solución”⁸⁵⁶, contando con

⁸⁵⁵ Obsérvese las citadas en la presente tesis; “Cláusulas relativas para resolución de conflictos”, capítulo IV, sección XVIII.

⁸⁵⁶ *Cfr.* PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. FRANCISCO VICENT CHULIÁ* (Coord. por PETIT LAVALL, M.V. ; CUÑAT EDO, V (Dir.), MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.), ALONSO ESPINOSA, F.J. (Dir.), GALLEGO SÁNCHEZ, E (Dir.)), 2013, págs. 99-136; e igualmente, OROZCO PARDO, G., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo”, en *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura de N. SCANNICCHIO), Bari 2007, pág. 130; igualmente, de los mismos autores, “El Arbitraje de Consumo”, en *Estudios sobre el Arbitraje. Los temas clave* (GONZÁLEZ MONTES, Coord.), Madrid 2008, págs. 432-497.

más facultades que un conciliador⁸⁵⁷. Sin embargo en el movimiento de defensa del consumidor podemos encontrarnos con dos facetas o ámbitos que suponen un gran desarrollo del mismo (especialmente en su origen): el sistema de control del contenido contractual y el de resolución de conflictos, extrajudicial y preventivo, lo que dio lugar -en los ordenamientos y países pioneros en la materia- a la creación de órganos -unipersonales y colegiados-, a los que se les encomendaban ambas tareas⁸⁵⁸

C) Tipos de conflictos en la relación franquiciadora

Los conflictos empresariales más frecuentes en mediación pueden ser con los *clientes*, son situaciones frecuentes, pero a la vez difíciles de solventar ya que existe el miedo a iniciar acciones judiciales contra ellos, ya que ello podría provocar la pérdida de los mismos -y por todos es sabido lo que cuesta conseguir un nuevo consumidor o usuario-, y un grave perjuicio para la franquicia -el coste en el tiempo perdido-, luego justifica y hace aconsejable que en dichas ocasiones, o bien se intente llegar y resolver la controversia mediante la mediación, o incluso que en situaciones demasiado embarazosas para la empresa, ésta, absorba

⁸⁵⁷ La principal diferencia entre la mediación y la conciliación consiste en el papel del tercero. El mediador ayuda a los participantes a entender los problemas y sirve de catalizador para negociar (sugiriendo, interpretando, planteando alternativas). El conciliador, igual que el mediador, tampoco decide la controversia, pero ayuda a las partes, ofreciendo una opinión sobre las propuestas que cada una de ellas presenta, de tal forma que puede influir sobre el resultado del acuerdo adoptado por las partes.

⁸⁵⁸ Puede verse por todos y a simple título de ejemplo en; CISTERNINO, F., *I metodi alternativi...op. cit.*, en su tercera parte, págs. 303-478, en la que se hace referencia a los diferentes servicios y los ADR; CONSOLO, S., “La conciliazione nel settore dei trasporti”, págs. 303 y ss.; CISTERNINO, F., “La conciliazione nei contratti di distribuzione del gas”, págs.325 y ss.; La conciliazione nelle telecomunicazioni fra prassi e favor conciliationis”, págs. 341 y ss.; DOLCE, S., “La conciliazione nei contratti bancari; l’Ombudsman bancario págs. 393 y ss.; MASERGLIA, R., “Consumatore e pubblicità”, págs.341 y ss.

gastos y excesos por no entrar en conflicto y evitar así la tan temida imagen de agresividad de la franquicia.

En otras ocasiones los conflictos surgen con los *proveedores*, estos son muy conflictivos para ambas partes, ya que el temor a que se paralice el suministro durante un periodo de tiempo excesivo, hasta la obtención por ejemplo de una resolución judicial, puede llevar a la empresa a perder mucho más de lo que tiene que pagar al proveedor.

También son frecuentes y así nos encontramos con conflictos propiciados por problemas internos en la sociedad (titulares, socios o accionistas de la franquicia), como es el caso en el que se puedan ver afectadas o paralizadas empresas franquiciadas, por conflictos surgidos por los *socios o incluso los propios directivos*, que pueden de una u otra manera acabar afectando al negocio y por ende a la franquicia, el acabar resolviéndose por vía judicial, propiciando un retraso al igual que un inmenso problema para la estrategia empresarial, y por ende, a la dinámica del mercado.

En otras ocasiones los conflictos vienen referidos a las relaciones internacionales, hoy en día la exportación es una de las vías de subsistencia de muchas franquicias, pero siempre en las relaciones con clientes de fuera de nuestras fronteras acecha el peligro de verse atado a jurisdicciones que desconocemos, con un riesgo que acaba reflejándose en incrementos de precio o con condiciones de pago que pueden poner en riesgo la viabilidad de las operaciones.⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Cfr. RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013.

Por ello, para resolver toda esta serie de conflictos –no deseables, pero que por desgracia suceden en demasía en el mundo de la franquicia-, se debe de acudir en la medida de lo posible a este método voluntario de la mediación⁸⁶⁰. En nuestro derecho existen ejemplos de entidades que promocionan y fomentan el uso de la mediación -así como de otras vías alternativas de resolución de conflictos-, ya que el plazo medio en que se resuelven los conflictos a través de este mecanismo es de entre cuatro y seis semanas, y su efectividad alcanza el 70% de los casos, y en referencia a los costes económicos además, una mediación puede reducir hasta un 90% el coste de resolución del conflicto⁸⁶¹.

D) El mediador especializado en la franquicia

El mediador que solventará aquellas discrepancias que puedan acaecer fruto del acuerdo firmado entre franquiciador y franquiciado, podrá ser en el Derecho español, cualquier persona física -natural es la expresión que prefiere el artículo 11 de la LM-, que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles - siempre que no se lo impida la legislación especial a que pueda estar sometido en el ejercicio de su profesión-. De igual manera, y como se deduce de su regulación,

⁸⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ- PEDREÑO, A., “La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos”, *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, págs. 30 y ss., y la reforma prevista, al detalle, de la LEC y de la inclusión de nuevos apartados en los preceptos procesales art. 347 y 394. En el Proyecto de Ley de Mediación se prescribía (art. 7) que “la mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”, lo que exigía una reforma (que estaba prevista a este efecto) en la LEC que finalmente no se llegó a llevar a cabo, como tampoco se incluyó en el texto de la Ley de Mediación que sólo conoce de un tipo de mediación, la voluntaria.

⁸⁶¹ Recordemos como ya vimos, que en cuanto al Arbitraje, el ahorro en tiempo muy considerable, un 40% de la duración con respecto a un proceso judicial en primera instancia, ya que un arbitraje medio se resuelve como máximo en un plazo de seis meses (mientras que una primera instancia se resuelve en unos 8 meses). Y en lo referente a los costes, el arbitraje puede minimizarse en casi un 75% con respecto a los costes de un juicio ordinario.

pueden serlo las personas jurídicas que deberán designar, en ese caso, para el ejercicio de la mediación, a una persona física que reúna los requisitos legales. Lógicamente no basta con esa simple circunstancia, sino que se exige una titulación y una formación que garantice un resultado óptimo para ambas partes, aunque esto no ocurrirá en el resto de los ordenamientos jurídicos internacionales.⁸⁶²

Como hemos señalado la mediación es un sistema voluntario que depende de las partes y, aunque se trata de un sistema simple o de fácil tramitación -mucho menos complejo que cualquier procedimiento judicial e incluso menos que el de arbitraje como hemos señalado-, de una duración breve y de un sistema económico -o de poco coste-, el mismo no será gratuito y si retribuido, debiéndose abonar al mediador el precio pactado -que suele establecerse por sesiones-. Corresponde su abono -haya concluido o no con el resultado de acuerdo porque su actuación es de diligencia y no de resultado-, a quien asumiera esa obligación en el contrato ya sea el franquiciador o el franquiciado y, en otro caso -lo que es más frecuente y usual hasta el punto de presumirse salvo pacto en otro sentido-,

⁸⁶² *Cfr.* el estudio detallado que sobre estos ordenamientos comparados hace respecto a la figura del mediador, MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Madrid, 2013, págs. 232 y ss.; sobre el ordenamiento francés (*Código de Proceso Civil*, artículo 131-5) requiere entre otras exigencias, que pruebe la formación o experiencia en mediación; en cuanto al ordenamiento austríaco (*BGBI I 2003/29*) limita la posibilidad de acceder a esta profesión a los mayores de veinte y ocho años, con cualificación profesional (persona confiable y que ha suscrito un seguro, además) que se tendrá si se tiene entrenamiento apropiado y se poseen conocimientos y técnicas de mediación, además de estar familiarizado con los principios de la mediación; el ordenamiento portugués (*Portaria* N° 282/2010 de 25 de mayo, Reglamento del procedimiento de selección de mediadores), exige la edad mínima de veinticinco años, no sufrir incapacidad ni inhabilitación, tener un grado universitario (que puede ser eludido demostrando una experiencia adecuada, con lo que la titulación superior tampoco es un requisito imprescindible), ser idóneo para la actividad, dominar el portugués y "tener un curso de mediación especializado, reconocido por el Ministerio de Justicia".

por mitades.⁸⁶³ Luego entonces será frecuente, que se solicite a las partes la pertinente provisión de fondos -la que estime conveniente el mediador o, en su caso, la institución de mediación-. La obligación de las partes es la del abono en el momento en que se solicita, si cualquiera de los obligados a realizar esta prestación no la cumpliera, el mediador -o los comediadores, en su caso, o la institución-, podrán dar por concluida la mediación, aunque con anterioridad a ello, deberá comunicarlo a las demás partes, por si éstas quieren suplirla y entregar lo que correspondería a la parte incumplidora, en el plazo que se haya fijado, a los efectos de que no se paralice el procedimiento ni se extinga o se de por concluido⁸⁶⁴.

En los contratos de franquicia, con su Manual del Franquiciado, suelen establecerse con detalle todas las obligaciones de ambas partes. Las posibles reclamaciones obedecen en su mayoría a los daños y perjuicios causados, en base a los artículos 1.101, 1.106, 1.107 y 1.124 del Código Civil. Los contratos que hasta hace unos años sometían sus diferencias a la decisión de los Juzgados o al Arbitraje, han comenzado a incluir una cláusula de previo intento de Mediación. La labor del mediador, en el caso de los contratos de franquicia, es intentar que las partes se comuniquen entre sí, deberá eliminar las barreras que los separan, estableciendo lazos de colaboración y evitando mediante las herramientas que tiene a su disposición, las situaciones conflictivas, en ocasiones inevitables. En las relaciones de los contratos de franquicia, las partes pueden tener voluntad de mantener los lazos que las unen por débiles que sean -verdadero sentido y fin que

⁸⁶³ Artículo 15 de la Ley de Mediación.

⁸⁶⁴ Teniendo en cuenta las tasas judiciales y los honorarios de abogados y procuradores, la Unión Europea, establece el coste medio de un juicio civil en 3.000 euros para cada una de las partes, frente a los 320 euros que le costaría a cada parte resolver sus conflictos a través de la Mediación o los 738 euros, en el caso de que el instrumento elegido fuese el Arbitraje.

tiene el éxito de la franquicia-, el mediador tiene la ocasión de conseguir que las partes puedan relacionarse en el futuro en un clima de mutua comprensión. Esas personas que confían en el mediador, que llegan a descubrir sus verdaderos intereses, en los que se incluyen sus miedos, esperanzas y preocupaciones, dan la oportunidad de serles útiles. El papel y la función del mediador es fundamental en este sentido para que la franquicia logre sus objetivos y para que el sistema se consolide, habría que decir que en estos momentos, la mediación y el recurso a la mediación son necesarios, y más en este tipo de contratos donde las relaciones interpersonales entre las partes contratantes son claves para el devenir de la relación contractual y del propio -e independiente- negocio contractual.⁸⁶⁵

Importante sería dejar constancia de la confidencialidad en los procesos de mediación. A menos que las partes lo convengan, éstas y el mediador no revelarán a ninguna persona que no esté involucrada con los participantes y el conflicto en el proceso, ninguna información al proceso, incluyendo intercambios y acuerdos previos a la mediación, a los contenidos, e incluyendo información escrita y oral, a los términos del acuerdo o el desenlace del proceso. La confidencialidad permite proporcionar a los empresarios -franquiciador y franquiciado-, el necesario bienestar para expresar sus visiones y opiniones de manera abierta, sobre todo relativas a la interrelación existente. Con esto se preserva las informaciones de sus empresas para el mercado y se puede generar confianza en el primer momento de la mediación y después de ella. De esta manera los empresarios tienen el control total del proceso, pueden prever el resultado y llevar o no al conocimiento público de las informaciones del proceso.

⁸⁶⁵ Vid. ROITMAN, H., "Franquicia. La ley modelo de Unidroit", *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coordinador), UNAM, México 2004, pág. 431; SÁNCHEZ- PEDREÑO, A., "La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos", *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, págs.30 y ss.

En el contrato de franquicia se necesita frecuente atención para las cuestiones sociales y económicas, pero también las cuestiones personales son muy importantes⁸⁶⁶.

A nuestro juicio corresponderá a los profesionales -fundamentalmente a los profesionales jurídicos-, fomentar la mediación en la franquicia, remitir a la misma cuando se crea que es un método adecuado para el caso concreto; y creer en el sistema. En los momentos actuales los cambios en el orden social, política, económica y cultural han demostrado ser cada vez más profundos y de fuerte impacto. Los imaginarios, ilusorios, prejuicios y paradigmas existentes son remplazados por otros de una manera muy rápida que los empresarios se sorprenden por el dinamismo y radicalismo. La mediación en el sector de franquicia y el sector empresarial tiene el objetivo de ofrecer una respuesta a estos cambios y demanda la creación de espacios de diálogo, donde se presentan diferencias y se restablecen de manera participativa, dinámica y pacífica los roles de cada uno en las interrelaciones existentes. Permite también establecer caminos facilitadores de la articulación e invita a todos para una reflexión responsable sobre la diversidad de temas de la realidad empresarial actual y también constituye verdadero desafío para la preservación de las relaciones de manera equitativa e integradora.

⁸⁶⁶ Con la utilización de la mediación con estos parámetros, en el sector es posible que no haya pérdidas económicas para la red franquiciada, y mucho menos para el franquiciado que salió de la misma con el fin de su contrato. Se han resuelto problemas de todos los tipos, así, en ocasiones la red franquiciada ha ganado mucho con sugerencias de sus franquiciados por ejemplo a raíz de problemas sitiados en su región, o incluso, un reciente caso donde el franquiciado salió de la red franquiciada sin perjuicios para él -y ninguna pérdida-, al observar que no le gustaba el olor del producto que venía comercializando.

E) Reflexión final

En consecuencia y para finalizar esta reflexión, deducimos que los mecanismos que existen básicamente para solucionar las diferencias que, con más frecuencia de la querida, se producen durante la vida precontractual, contractual y post contractual de los contratos de franquicia; unos por el acuerdo directo entre las partes, con o sin ayuda de terceros, otros por medio de soluciones propuestas por terceros, que pueden ser voluntarias u obligatorias de aceptación y, por último, los otros recurriendo a la jurisdicción correspondiente para el efecto, están claramente definidos en la actualidad ⁸⁶⁷⁻

La relación de los empresarios vinculados por un contrato de franquicia no es una relación competencial en el mercado, más bien siguen un interés paralelo y, al fin, común. Por ello, la solución a sus conflictos, sin tener que remitirlos y la propia decisión final a un tercero, deberían ser resueltas por las partes implicadas

⁸⁶⁷ E incluso nos encontramos internacionalmente con otros antiguos sistemas alternativos de resolución de conflictos; como por ejemplo el que articulaba en su artículo 30, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) de 1976, que facultaba a las partes para que durante las actuaciones arbitrales resolviera sus diferencias mediante la “transacción”, ésta sólo podía celebrarse durante el trámite arbitral, y siempre y cuando el arbitraje fuese internacional por un lado, y por otro, siempre que las partes voluntariamente lo hubiesen elegido voluntariamente como aplicable al fondo del litigio. Otro mecanismo interesante era el conocido como “buenos oficios”, utilizados para conflictos de carácter jurídico e incluso, político. En éste, no se propone una fórmula de arreglo ni se presenta una solución, su misión solo consiste en ayudar a las partes a superar las desavenencias, en colaborar para que se reúnan a hablar y a negociar, en definitiva posibilitar una solución entre terceros (fue en la primera Conferencia de la Haya -1889- donde data el primer tratado colectivo para la solución pacífica de conflictos internacionales, y en su renovación –Conferencia de la Haya de 1907-, donde se regulan los buenos oficios, al igual que el sistema de “experticio o investigación”, procedimiento que consiste en someter la controversia a una comisión de investigación, constituida con arreglo a un tratado, y cuya finalidad última es la de esclarecer o determinar los hechos, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

e interesadas en una solución útil para las mismas, que no necesariamente debe ser considerada desde posiciones antagónicas. De ahí el interés de la mediación en este contrato⁸⁶⁸.

Además ha de señalarse que lo indicado –en este caso con un carácter particular para la franquicia-, pudiera repetirse para otros contratos de colaboración en el ámbito mercantil. Junto a los contratos de concesión y de franquicia se incluyen, en el epígrafe general y doctrinal de los contratos de colaboración entre empresarios; los contratos de agencia, de transferencia de tecnología, de joint venture, entre otros en los que igualmente sería fundamental la aplicación de dicho sistema resolutivo de conflictos.

Una nota común de todos estos contratos es su carácter, normalmente, internacional, de ahí que éste y su general atipicidad, aconsejen la sumisión, mediante cláusulas incorporadas a los contratos, del sistema de mediación. Los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* aprobados por Unidroit⁸⁶⁹ recogen en su artículo 10.7, bajo el rótulo (Medios alternativos para la resolución de controversias) la posibilidad de remitirse a medios alternativos (distintos del arbitraje, al que se refiere en los números 5 y 6 del citado precepto): *Las disposiciones de los artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones*

⁸⁶⁸ Vid. estudios doctrinales al respecto, como los de SOLETO, H., (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles (en la *Ley de mediación* y en el *reglamento* que la desarrolla)”, *Revista crítica de Derecho privado*, Montevideo, Núcleo de Derecho civil. Grupo de investigación de la Universidad de la República, Nº 11, 2014; ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *Mediación civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2013; entre otros.

⁸⁶⁹ Vid. ROITMAN, H., “Franquicia. La ley modelo de Unidroit”, *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coordinador), UNAM, México 2004, págs. 431.

apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias, con lo que los nuevos medios -y en ellos la mediación-, alcanzan su reconocimiento en este documento de gran importancia, a pesar de que el sometimiento a sus principios es voluntario, para la contratación internacional. Esta recopilación de normas para aplicarlos a los contratos internacionales cuando así lo disponen las partes, son de naturaleza diferente tanto a los Convenios internacionales como a las leyes modelo (propuestas por organismos internacionales); y en cuanto a su ámbito de aplicación, cabe decir que se aplican a los contratos mercantiles internacionales que hayan acordado someterse a sus disposiciones e igualmente cuando hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del Derecho (o la *lex mercatoria*). Sin embargo en la Ley Modelo sobre el contrato de franquicia aprobado por Unidroit en 2002 (que consta de preámbulo, diez artículos e informe explicativo) no se refiere explícitamente a la solución de los conflictos entre las partes contratantes y lógicamente no ha recogido alusión alguna a la mediación.

3. OTROS SISTEMAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

A) La conciliación

Otro método extrajudicial idóneo para resolver los conflictos que surgen entre franquiciadores y franquiciados es la denominada conciliación. Ésta tiene muchas similitudes con la mediación, aunque también diferencias; la principal consiste en que a pesar que ambos sistemas –mediación y conciliación-, no pueden decidir sobre la controversia, en el caso del conciliador, éste si que puede influir sobre el resultado del acuerdo adoptado por la partes -cosa impensable en la mediación-. Así, en Italia por ejemplo, muchos de estos conflictos en los contratos de franquicia se resuelven por esta vía, y sobre todo,

tras la entrada de la Ley de 6 de mayo de 2004⁸⁷⁰ (Nº 129), la cual -además de contemplar en su articulado dichos sistemas-, regula la franquicia en Italia.⁸⁷¹

Es importante recalcar que la conciliación tendrá lugar en la localidad de residencia o sede del afiliado, y esta Cámara puede estar especializada en resolver conflictos sobre los contratos de franquicia donde puedan resolver sus disputas las partes del conflicto, pero abierta a todos los sujetos relacionados con el contrato de franquicia⁸⁷².

B) El ombudsman

Esta figura surgida en EEUU y Canadá, para facilitar ayuda a los franquiciadores y franquiciados a la hora de resolver sus conflictos, consiste, en que un tercero ayuda a las partes a encontrar una solución a sus conflictos, de forma imparcial. Sin embargo, el rasgo esencial que caracteriza dicho sistema es que sus recomendaciones no son vinculantes, por lo tanto simplemente atrae a las partes para que piensen de forma creativa –aportándoles consejos

⁸⁷⁰ En concreto en el artículo 7 de dicha Ley se regula la conciliación como aquella fórmula para resolver los conflictos existentes entre franquiciadores y franquiciados: para resolver las controversias surgidas en los contratos de franquicia, las partes pueden convenir que, antes de acudir a juicio o recurrir al arbitraje, deberá llevarse a cabo un intento de conciliación ante la Cámara de Comercio, Industria, artesanía y agricultura de la localidad de residencia de sede del afiliado. Al procedimiento de conciliación se aplicará, *mutatis mutandis*, las disposiciones a que se refieren los artículos 38, 39 y 40 del Decreto Legislativo 17 enero 2003, Nº5, y la subsiguiente modificación.

⁸⁷¹ Recuérdese que el 25 de mayo de 2004 entró en vigor la: “Legge 6 maggio 2004, Nº 129, publicada en la Gaceta Oficial Nº120; “Norme per la disciplina della’ffiliazione commerciale”, aplicable a las relaciones jurídicas y a los contratos de franquicia de ejecución dentro del territorio de la Republica de Italia.

⁸⁷² Vid. PÉREZ MARTELL, R., “Conflictos en el contrato de franquicia y soluciones a los mismos”, <http://vlex.com/vid/conflictos-solucion-arbitraje-43440903>.

independientes-, e intenten resolver sus conflictos. A veces, estas conversaciones y acercamientos de ambas partes con la figura del *ombudsman*, han sido suficientes para dirigir la cuestión directamente al problema. Por eso, en las franquicias es muy recomendable animar a las franquiciadores y franquiciados a empezar a solventar las posibles controversias que surjan entre ambas partes contratantes con dicha figura, la cual deberá intervenir antes que ningún otro sistema tradicional o alternativo de resolución de conflictos, y básicamente con su aplicación primaria, se intentará aclarar el supuesto de hecho y la formulación exacta del conflicto, para posteriormente intentar solventar el mismo con el sistema alternativo más apropiado y eficaz según el contenido del conflicto.

Las principales características que tiene el Ombudsman son: la de saber escuchar, entender los problemas y empatizar, saber discutir -buscar las posibles opciones-, ser buen negociador -empieza la relación negociando-, buen intermediador -proponiendo ideas sobre la mesa, anota soluciones para prevenir esos conflictos en el futuro con enfoques innovadores-, y aportador de confidencialidad al proceso. En definitiva, un sistema previo a los demás, que nos puede acotar el conflicto sobremanera⁸⁷³.

⁸⁷³ Un ejemplo de esta figura del ombudsman es la enseña McDonalds que, desde 1975, viene usando el concepto de esta figura para resolver conflictos con su extensa red de franquiciados, y desde su designación ninguna controversia ha requerido una mediación externa, y menos del 2% de casos, llegan finalmente hasta los Tribunales ordinarios.

CAPÍTULO SÉPTIMO

PERSPECTIVAS DE FUTURO

SECCIÓN XXVI- EL CONTRATO DE FRANQUICIA APLICADO A OTROS ÁMBITOS EMPRESARIALES

1. LA FRANQUICIA EN EL DEPORTE: OTRA FILOSOFÍA COMERCIAL

Indudablemente el acceso a nuevos mercados internacionales es un paso en la evolución de la mayoría de redes de franquicia, pero esta evolución requiere de una preparación en diferentes ámbitos y una adaptación de distintos elementos. A las necesidades habituales del sistema de franquicia hay que unir las específicas y particulares de cada mercado internacional, tanto en el ámbito societario, como en el relativo al sector de actividad en concreto o a la regulación de franquicias. La franquicia en el sector del deporte creemos que tiene un campo de acción y una perspectiva de negocio en constante evolución, y que sin duda se asentará y consolidará en breve espacio de tiempo al igual que lo ha hecho en otros países.

Así, a modo de ejemplo destaca Estados Unidos, donde desde hace ya muchos años el deporte profesional se organiza mediante el sistema de franquicias⁸⁷⁴. La implantación de este modelo en el deporte americano es sencilla⁸⁷⁵; el organizador de las distintas ligas deportivas –profesionales–, admite

⁸⁷⁴ Este término se emplea aquí como sinónimo de Club, entidad deportiva o empresa deportiva, si bien en su acepción técnica en el marco de las reglas de las Ligas Profesionales adquiere un sentido más cercano al atribuido en el tráfico mercantil, como equivalente a derecho exclusivo reconocido por una Liga a una empresa deportiva para operar en un marco territorial, sin que concurra la competencia de ninguna otra salvo autorización de la Liga. (Cfr. R. TEROL GÓMEZ, R., *Las Ligas Profesionales*, Edit. Aranzadi, 1998, pág. 49).

⁸⁷⁵ La NBA, es una Liga creada en 1946 por un grupo de empresarios decididos a unificar las dispersas ligas de baloncesto para crear un único modelo donde se concedió acceso a 11 franquicias, que con los años han elevado su cifra hasta los 30 actuales, y esta basado en un modelo eminentemente “empresarial” (Cfr. FORT, R., “Revenue disparity and competitive balance in Major League Baseball”, *Informe año 2000 para el Comité antitrust del Senado de los EE.UU.*).

distintos participantes bajo la condición de que cumplan aspectos económicos (pago de unos cánones) para que sean sometidos a una regulación de normas específicas de esa franquicia, sin relegar equipos o con sistemas de promoción de campeonatos, como el caso que sucede en Europa y Sudamérica. Las ligas americanas no pretenden satisfacer objetivo alguno de ninguna organización superior a ellas, estas ligas surgieron fruto de la iniciativa empresarial que buscaba obtener la máxima rentabilidad económica de sus espectáculos creando un modelo de negocio. Por lo tanto el objetivo claramente en América consiste –y así fue concebido-, en ser un modelo económicamente rentable, y donde se buscaba, no ya sólo la especialización de los deportistas, sino la explotación de una industria denominada del entretenimiento.⁸⁷⁶

El modelo de las ligas mayores americanas pivota sobre el concepto de la franquicia. La franquicia se fundamenta en estas ligas como la concesión que otorga la Liga a una determinada sociedad, habilitándola para explotar un equipo que participe en la competición, y vinculándola a un determinado ámbito territorial -home territory-, sobre el que se otorgan determinados derechos exclusivos, a fin de asegurar la viabilidad económica del proyecto empresarial del –potencial- franquiciado.

⁸⁷⁶ En este sentido destacamos la *Sentencia Chicago Professional Sports Limited Partnership & WGN v. NBA (1992, 961 F.2d 667)*, cuando refiriéndose a la Liga de Baloncesto americana (MBA) expresa: “el baloncesto profesional en televisión no es fundamentalmente diferente de la serie televisiva Star Trek: The Next Generation” produce igualmente “entretenimiento”, y esta finalidad informa además de todos los aspectos de la competición, desde el sistema de elección de los jugadores - los conocidos drafts, que buscan el equilibrio entre los equipos -, hasta la adaptación de las reglas deportivas en búsqueda del espectáculo – como los tiros triples, implantados por primera vez en la American Basketball League (hoy incorporada en la NBA) y luego adoptados por la FIBA -.

Debemos destacar que dentro de este sistema de franquicia deportiva americana, nos encontramos con un modelo de negocio y de organización deportiva absolutamente privado, ya que la actuación de los poderes públicos es mínima y no existe a nivel Federal, ningún organismo público que tutele el fenómeno deportivo, al igual que tampoco existe cuerpo legislativo cohesionado acerca del deporte.

La base en la que se sustenta este modelo es la convicción que se tiene en América de que el deporte profesional es un asunto exclusivamente privado, por lo que la aplicación integra del ordenamiento jurídico privado a esta actividad como a cualquier otra actividad empresarial resulta pacífica. Clara exposición de este fenómeno es que las denominadas “Major Leagues”, son el resultado de sucesivos procesos de concentración empresarial, en el que algunas ligas han ido incorporando mediante absorción a otras ligas⁸⁷⁷.

A) Clubs o Franquicias; Deporte o Negocio

Estamos ante un negocio –deportivo–, que está sometido estrictamente a las normas del comercio, y en el que se generan los mismos conflictos que pueden reproducirse en cualquier actividad del ámbito empresarial, por lo tanto son normas generales en los mismos: las relaciones contractuales de equipos, los jugadores (personal trabajador), los gestores (del patrimonio de las franquicias), los innumerables acuerdos contractuales de patrocinio, publicidad, etc., éstos acuerdos, no están exentos de polémica como cualquier actividad o entorno

⁸⁷⁷ Ejemplos ilustrativos de las mismas son: la National Football League (NFL), la Major League Baseball (MLB), la National Basketball Association (NBA) y la National Hockey League (NHL). Se tratan de modelos de negocio elaborados conjuntamente entre franquicias –clubes–, competidores en el terreno deportivo, pero obligados a la colaboración inter-empresarial. (Cfr. FREEDMAN, W., *Professional sports and antitrust*, Quorum books, New York, Wesport Connecticut, London, 1987, pág. 5).

laboral, por lo que se resolverán de la misma manera y conforme a las mismas normas que el resto de las actividades del mundo empresarial.⁸⁷⁸

Tal ha sido el éxito americano, que el modelo se extendió a las fronteras del los Estados Unidos, en concreto en las grandes ligas en Canadá⁸⁷⁹, e incluso en la actualidad, estas ligas americanas están estudiando su expansión empresarial y la muestra de su negocio por toda Europa (al margen de las instituciones deportivas y federativas nacionales que están implantadas en los organismos internos de cada país y europeos).⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ Cfr. los trabajos realizados en este sentido por; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Mecanismos legales de descuelgue salarial", *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva, IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996; RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, 2002; IRURZUN UGALDE, K., "Convenios colectivos y deporte profesional", *REDD*, Edit. Civitas, Nº 6, 1995; GARCÍA SILVERO, E. A., "Hacia una nueva regulación de los traspasos de los deportistas profesionales en la UE", *Boletín Mensual Aranzadi Laboral*, Nº 13, 2000; CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996; CAZORLA PRIETO, L. M., *Derecho del deporte*, Edit. Tecnos, 1992.

⁸⁷⁹ Con especial referencia a la National Hockey League (NHL), que dentro de su deporte, es la liga más importante del mundo, según la Federación Internacional de Hockey sobre Hielo. Con la apertura del campeonato de Europa Occidental y Europa del Este, su importancia a nivel internacional ha aumentado y se ha convertido en destino preferente para jugadores de otros torneos. La National Hockey League es una de las cuatro ligas más importantes en la cultura deportiva norteamericana, junto a la del fútbol americano, la de beisbol y la de baloncesto. El campeonato ha aumentado sus participantes con el paso del tiempo, y actualmente comprende 30 franquicias. De ellas, 7 están situadas en Canadá y 23 en Estados Unidos.

⁸⁸⁰ En el caso del fútbol en España debería de plantearse, si no ya este modelo de negocio estructurado, franquiciado, donde en definitiva prime más la rentabilidad que lo meramente deportivo, si al menos un sistema híbrido que no fuera tan deficitario, ya que hasta ahora, los clubes de fútbol y baloncesto, se permitían fichajes millonarios y presupuestos ficticios basados en los derechos de televisión, que ya no parecen tener el éxito y la repercusión esperados cuando las principales operadoras han empezado a recortar las condiciones económicas

El modelo de franquicia que tienen implantando es un sistema cerrado, cuya característica esencial es la estabilidad de todos los participantes, esto es, las competiciones buscan asegurar estabilidad y rentabilidad de los participantes, y quizás olviden, los méritos deportivos de cada uno, de esta forma no contemplan los ascensos y descensos.⁸⁸¹

contractuales, debido a las pérdidas de audiencia y pérdidas económicas que provocan estas actividades deportivas en los principales medios de difusión. El retransmitir partidos no sale tan rentable –al menos fuera de los equipos “grandes”-, y la consecuencia inmediata es que la estructura del fútbol y baloncesto en España –como ocurre en la mayoría de los escenarios europeos-, o cambia, o pasará por situaciones no deseables, como ya ha sucedido durante estos años con la quiebra de varios equipos históricos y emblemáticos del fútbol y baloncesto español. Curioso es resaltar de la misma manera –y a colación con lo señalado-, el sistema tan diferente para televisar la distintas Ligas en EEUU, así en baloncesto por ejemplo, la NBA, los derechos televisivos que le reportan a las franquicias, actualmente son de 930 millones de dólares, pero el reparto de dichos derechos –curiosamente-, se hace absolutamente en la equidad para cada uno de los treinta equipos de la liga que la compone., luego cada equipo –franquicia-, ingresará 31 millones al año, sin preferencias ni distinciones entre los mismos. Caso absolutamente contrario sucede en la Liga española, por ejemplo, de fútbol (también llamada liga BBVA), donde en la temporada presente 2014-15 el Barcelona y el Real Madrid ingresarán 150 millones de euros cada uno, mientras que habrá equipos que no lleguen a los 3 millones de euros por tales derechos televisivos.

⁸⁸¹ Para evitar las desigualdades existentes en una temporada, priman en lo deportivo a los peores equipos –peores franquicias-, para que con vistas a la siguiente temporada puedan beneficiarse en los procesos de selección de nuevos jugadores, éstos, son los denominados “draft”, formados en la NCAA (la liga universitaria), competición en la cual un jugador de universidad solo la puede jugar cuatro años, que es el tiempo en que en Estados Unidos se tarda en obtener una licenciatura, una vez ingresado y según que deporte practique cada jugador es alojado dentro del “draft” que le corresponde a la liga profesional de su deporte (si es fútbol americano se van al “draft” de la NFL, si es beisbol, al “draft” de la MLB, si es al soccer (nuestro fútbol) , al de la MLS; si es hockey sobre hielo al de la NHL y si es básquet al de la NBA). Los jugadores que surgen del torneo universitario al término de esos cuatro años son escogidos según su nivel, y cuanto mas alta es la posición, mayores posibilidades tendrán de ser contratados por la liga profesional al año siguiente. No obstante, el “draft” de la NBA con el tiempo –y esto es debido a que el baloncesto es un deporte practicado por todo el mundo- se

a) Referencia al modelo americano de franquicia deportiva

Como sabemos el sistema de franquicia es, ante todo, una filosofía, una filosofía comercial, porque se unen, al mismo tiempo, la voluntad conjunta de prosperar con la aportación de las habilidades y valores de cada parte; voluntad, habilidades y valores que, conjuntándose armoniosamente, conseguirán el éxito de la actividad empresarial. Es un negocio mutuo, en el que el franquiciador cuando le falta capacidad económica o de control para organizarlo todo por sí solo, aporta de modo permanente su técnica y método al franquiciado; y por otro lado, el franquiciado, recibe esa técnica y ese método para que su negocio funcione y sea rentable. Pues dicha paradoja y esencia del modelo de franquicia, es el que aplica la National Basketball Association o NBA (Asociación Nacional de Baloncesto), principal liga estadounidense de baloncesto profesional, fundada en Junio de 1946 y principal ejemplo de filosofía comercial deportiva objeto de negocio franquiciable. Se trata de una entidad totalmente independiente y completamente autogestionable, que se desempeña de manera privada y al margen de la federación americana (US Basketball), y con el modelo de franquicia como principal baluarte de sus acuerdos contractuales. Así, los equipos que conforman dicha entidad –Liga-, son franquicias, que a su vez son corporaciones en sí mismas: es decir, que estamos hablando de auténticas sociedades anónimas

convirtió en un "mercado" que obedece a su lógica, permitiendo año tras año que cada vez mas jugadores de fuera, que juegan en clubes FIBA, se inscriban masivamente al sorteo junto a los colegiales. Lo curioso de este modelo de negocio, es que prima a la hora de elegir a este tipo de jugadores el orden inverso a como han finalizado los equipos la competición ese año, y desde el punto de vista contractual, los seleccionados del "draft" pueden ser tranquilamente intercambiados como parte de pago en las transferencias internas de los jugadores. Los equipos además retienen sus derechos sobre sus jugadores escogidos si alguna vez desean emigrar. De dicha forma se consigue igualmente la máxima de que toda franquicia pueda competir en igualdad de condiciones, y que toda franquicia deportiva como sistema comercial y empresarial que constituye, prosperen con mayor facilidad a lo largo del tiempo.

que constituyen un gigantesco holding, en donde la Liga –NBA-, está configurada como una sociedad limitada, y en la que sus socios –o propietarios-, son los equipos que operan en régimen de franquicia. Como tal modelo de franquicia, cada equipo que quiera entrar en la liga deberá pagar antes un canon –en este caso de alrededor de 300 millones de dólares a la propia sociedad gestora-, y una vez realizado el mismo –la inclusión no es ni mucho menos inmediata, ya que cada equipo debe esperar unos cinco años antes de saber si finalmente ingresa-, esperará un tiempo en donde su equipo será sometido a una serie de auditorías contables para comprobar la transparencia de estas nuevas empresas –que son futuras franquiciadas para integrarse a la red franquiciadable-. El siguiente paso que deberá realizar el potencial franquiciado, será ofrecer a la sociedad gestora un plan de negocio, para que se evalúe su viabilidad económica y deportiva.

Una vez aceptados e integrados en dicha red, cada franquicia se encargará de todos los contratos de difusión y comunicación a nivel local, pero será la Liga en sí, la que se reserve el derecho de todos los contratos firmados a nivel nacional. La Liga centralizará el merchandising y los acuerdos de partnership⁸⁸², al mismo tiempo que distribuirá los dividendos a los clubes de manera proporcional⁸⁸³, igualmente será la que determine el modo de explotación de los

⁸⁸² Partnerschip es un acuerdo entre dos o más personas para compartir la operación y ganancias de una gestión comercial que no es incorporada.

⁸⁸³ Recientemente (7/10/14, página web oficial; www.nba.com), es significativo el anuncio de la franquicia NBA anunciando la extensión del contrato de explotación de sus derechos televisivos hasta la temporada 2024/25, acuerdo en torno a 24.000 millones de dólares (aproximadamente 19.000 millones de euros por nueve temporadas), observemos la importancia con este monto que tiene el modelo de franquicia americano implantado y que a buen seguro debe de ser tomado en cuenta por otros modelos mundiales –europeos, e incluso nos atrevemos a decir español-. Indudablemente este incremento repercutirá en cada una de sus 30 franquicias actuales ya que pasará a ingresar de los 930 millones de dólares actuales a cerca de 3.000 por temporada, el cual se repartirá completamente en equidad entre las tantas franquicias

recursos, disponiendo, por ejemplo, la explotación colectiva o individualizada de los derechos de retransmisión audiovisual de los partidos, y finalmente será la que fije el reparto de los ingresos obtenidos por taquilla, y la que derive de su condición de patronal la intervención sobre el mercado laboral de cada uno de sus franquiciados –o clubes integrantes de su red-, fijando la distribución de sus rentas de la industria.

Resumiendo, nos encontramos con un peculiar modelo de franquicia deportiva el que en la actualidad está implantado en América, que podíamos definirlo como un tipo de marca que se dedica al deporte y que, además de ganar el título, busca obtener beneficios como empresa, y en la cual no existe el concepto de accionistas, y si, el de propietarios. Su entidad deportiva dependiente -La liga-, administra el número de participantes en la misma –el número de franquicias aceptadas-, contando de esta forma con un número cerrado de participantes que optan al título, y en el que todos, absolutamente todos,

pertencientes a la competición. Igual repercusión tendrá en el actual Convenio Colectivo el cual establece que los jugadores deben recibir el 51% de los ingresos que genera la competición, por lo que el impacto sobre los mismos, será evidente, ya que se pasará del límite salarial de 63 millones actuales por temporada a cerca de 80 millones de dólares. Los jugadores, principal baluarte de dichas franquicias, aspirarán a un contrato máximo, que se calcula como un porcentaje máximo del límite salarial (en el caso de los jugadores con más de 10 años de experiencia por ejemplo este tope estaría en torno al 35%), luego el no renovar por algunos de ellos en la actualidad, les podría suponer un aumento potencial muy elevado del beneficio con la firma del nuevo Convenio Colectivo. Afirmamos pues, que este modelo de negocio –franquiciable-, ha adquirido una rentabilidad más que aceptable para el deporte americano, para sus jugadores, y sobre todo, a los consumidores y usuarios del mismo -al público en general-, con el espectáculo y el “entretenimiento” que éste le reporta, y que no hace más que cerciorar que para las nuevas tendencias y necesidades del mercado deportivo, este *nuevo* modelo de negocio adaptado a este entorno, se convierte en uno de los contratos que mayor éxito empresarial y mayor repercusión mundial tendrá en tiempos venideros para el deporte internacional.

dependen de la propia entidad deportiva –esto es, de la Liga-; y es tal la relación de dependencia entre ambas partes que integran el negocio, que todas las decisiones de relevancia que quieran implantar cada una de las franquicias individualmente, deberán ser respaldadas por la propia Liga y por el resto de las franquicias deportivas integrantes de la competición.

De esta forma, como podemos observar el principio de equidad rige en toda la competición y en cada una de las franquicias integrantes de la misma. Así a modo de ejemplo en cuanto a su retribución, todas las franquicias tendrán acciones igualitarias en MLB Advanced Media⁸⁸⁴, y la organización de dicho modelo se concebirá pues, como una “Limited Corporation” cuyos socios (los equipos, actualmente treinta), son franquicias, que a su vez son corporaciones en sí mismas y serán como decimos, auténticas sociedades anónimas las que constituyen este gran holding.

Las ventajas de este modelo están quedando patentes, pero creemos que la base de su éxito se sustenta en dos elementos fundamentales; en primer lugar, la ya citada “equidad” entre todos sus participantes, la cual juega un rol primordial base para la estabilidad y el futuro de dicha competición⁸⁸⁵; y en segundo lugar el

⁸⁸⁴ Entre otras cosas, esta empresa de videojuegos y aplicaciones para aparatos electrónicos y digitales, ha generado ingresos millonarios por sus vídeos juegos y aplicaciones, como el “MLB At Bat”, aplicación deportiva de mayor descarga mundial para iPhone y los iPad desde 2010, y ya lleva cuatro años en primera fila.

⁸⁸⁵ Aunque dicho tema de la equidad creemos que debería reformarse y regularse más profundamente ya que, observando los movimientos contractuales de alguna franquicia, podría provocar ciertas “suspicias” en algunos equipos, sacrificando temporadas en la elección de jugadores –con los consiguientes resultados negativos-, para en el futuro, y al disponer de mayor porcentaje de distribución de jugadores franquicia y jugadores del “draft”, convertirse en el mejor bloque deportivo, y con unas garantías de estabilidad en lo más alto de la competición a lo largo de varios años muy elevadas. El sistema actual del denominado “draft” es un sistema que premia con más opciones de conseguir una elección alta de estos jugadores “revelación”,

binomio inseparable de este negocio de elaborar un producto deportivo, cuya premisa principal y necesaria para la estabilidad del negocio, la conforma el ser un modelo atractivo –y de entretenimiento- para los consumidores y usuarios – verdaderos beneficiarios-, y en consecuencia, un modelo deportivo rentable para la franquicia y para sus franquiciados⁸⁸⁶.

b) Diferencias entre el modelo de negocio europeo y americano

La principal diferencia de los distintos modelos de negocio deportivos europeos y americanos, es que aunque existe un modelo único de contrato y unas “bases y condiciones” que han de ser aceptadas de manera generalizada si se quiere entrar en la organización en ambos modelos de negocio, en las competiciones deportivas europeas, dicho contrato se firma con la propia Liga, y es ésta, quien luego cede al equipo en cuestión la responsabilidad de pagarle el sueldo estipulado en contrato, organizando cada uno de los club sus contratos y

más destacados y con mejores promedios, a los equipos con peor balance de victorias, y ello podría provocar que una franquicia construyese –aún asumiendo el riesgo que ello le provocaría en una temporada-, ser la peor franquicia deportiva una temporada, para asegurarse elegir a la mayores figuras (ya promesas) del “draft” el siguiente año y cumplir su objetivo de permanecer en los más alto de la competición durante años, ya que supuestamente podría constituir el mejor equipo totalmente renovado, y con unos jugadores de tal envergadura que muy difícilmente en un mercado abierto podría conseguir. Luego pensamos que deberían de ahondar más en la regulación del sistema, y que cayeran en desuso iniciativas de este tipo, donde el principio de la buena fe contractual, quedaría totalmente en entredicho.

⁸⁸⁶ *Vid.* en este sentido los trabajos realizados por; FERNÁNDEZ, M. y MARTÍN, J., “La confianza y el compromiso como factores clave de éxito en las relaciones comerciales. Una aplicación empírica en el sistema de franquicia”, *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 15. Nº 1, 2006, págs.77-100; FIZEL, J.L., “Free agency and competitive balance”, en *Stee-rike four*, (Coord. MARBURGER, R.), Edit. Praeger, 1997, págs.61-72; LEE, F., “Spectacle and Fandom: Media Discourse in Two Soccer Events in Hong Kong”, *Sociology of Sport Journal*, Nº 22, 2005, págs.194-213; BUTLER, M.R., “Competitive balance in MLB”, *The American Economist*, Vol. 39, Nº 2, 1995.

los pagos de salarios.⁸⁸⁷ Mientras que en el modelo americano, los contratos y transferencias de los jugadores no los manejan las franquicias –o clubs-, sino que lo hace la propia Liga, y es ésta, la que le atribuirá a todas las franquicias por igualdad un salario equivalente a repartir entre sus contratos con los jugadores, el denominado “tope salarial”.

En el modelo americano igualmente, como en todo contrato de franquicia, cada equipo que desee ingresar –en la cadena franquiciada-, deberá depositar a la liga un canon. Este canon será de abono obligatorio para pertenecer a la franquicia (y por ende, para competir en dicha Liga). En la misma cada jugador tiene un valor que representa exactamente lo que este cobra de sueldo en el año en curso⁸⁸⁸. Cuando se produce una transferencia de jugadores entre dos equipos de la NBA, lo único que tienen que hacer es “intercambiar” jugadores que representen un

⁸⁸⁷ Cfr. BERMEJO VERA, J., “El marco jurídico del deporte en España”, *RAP*, Nº 110, 1986; MONTES FLORES, V., “Los derechos federativos y su contenido patrimonial”, *Ponencia I Encuentro de Máster en Derecho Deportivo de la Universidad de Lleida*, Marbella, 30 de mayo de 2002. (En internet, www.sportsciencias.com/); ALONSO MARTÍNEZ, R., “La política europea de protección de los jóvenes deportistas”, en [http://www.efdeportes.com.](http://www.efdeportes.com/), *Revista Digital*, Nº 39, Agosto de 2001; CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996.

⁸⁸⁸ Actualmente existe un Convenio (2014) que señala las normas de funcionamiento para los jugadores potencialmente integrantes de la competición, el cual establece un límite de edad para los jugadores -19 años-, para entrar a formar parte del “draft”, y una exigencia para los mismos consistente en que dichos jugadores deben pasar además un año desde la graduación en el Instituto, lo que en la práctica les obliga a pasar por la Universidad. El gran inconveniente que se encontraban era que hasta ahora las normas prohibían pagar a esos deportistas –que en la mayoría de los casos generaban millones de dólares-, sólo con becas de estudio, alojamiento y material académico entre otras remuneraciones. Sin embargo, el Tribunal de California (7/6/2014) decretó una sentencia cuya resolución dejaba la puerta abierta para que desde el año 2016 las universidades, puedan empezar a pagar a sus jugadores de fútbol y baloncesto –las dos franquicias con límite de edad-, un máximo de 5.000 dólares por temporada.

monto similar de dinero. El dinero en efectivo, en este caso, sirve solo para “taponar agujeros”. La suma de todos los salarios anuales de los jugadores de cada franquicia, no puede excederse de un cierto límite, ese digamos que es el primer “tope” salarial propiamente dicho. Sin embargo, existen diversos mecanismos conocidos como “excepciones” que permiten superar ese primer tope y se le garantiza a un jugador de determinadas condiciones, cobrar más del mínimo establecido para cada caso. En el supuesto escenario donde los equipos sobrepasen en salarios el “segundo” tope, esto es, no respetar las “excepciones” que las normas de cada competición pactarán, deberán pagar una “multa” a la liga, consistente exactamente en la cantidad que se pasan de ese tope. El modelo americano es un modelo basado en el equilibrio deportivo, el cual intenta igualar la capacidad de gasto de todas las franquicias –sobre todo de aquellas con desigual potencial económico-, fenómeno que viene derivado de la ausencia de mecanismos de reparto de ingresos entre entidades con capacidades muy desiguales para generar recursos, por operar en áreas geográficas y/o mercados dispares, y en donde esta alternativa a la redistribución de recursos se vislumbra en la fijación de unos niveles homogéneos de gasto en salarios medida que contribuye a equilibrar el potencial de los equipos y en consecuencia a ofrecer un producto más atractivo para los consumidores o usuarios de este modelo de negocio. Y la equidad que relatamos es tal en las franquicias americanas, que el monto de dichas multas o sanciones por excederse de esos topes salariales señalados, se reparte entre todos los equipos que no incumplan con dicha norma con idéntica asignación a cada uno de ellos.

En definitiva estamos ante una idea del negocio deportivo autofinanciado, el que impera en el negocio americano, basado en la equidad –equilibrio

competitivo⁸⁸⁹, en el que interesados inversores privados tratarán de obtener el máximo beneficio ofreciendo el mejor espectáculo; mientras que el modelo europeo, lejos de priorizar la rentabilidad económica –pese a que se han realizado avances en la gestión profesionalizada de las entidades-, basa su idiosincrasia en el deporte asociativo lúdico entre sus practicantes, en donde se da prioridad a los resultados deportivos por encima de los económicos, y en donde se persigue la profesionalización de los deportistas sin abandonar la preeminencia de lo deportivo sobre lo económico, pero sin estructurarse como una verdadera industria –caso americano-, tendente a la obtención de beneficios.

c) Tendencias al modelo de negocio americano en el panorama internacional

La NBA como modelo de negocio deportivo a seguir fue copiada en mayor o menor medida por muchas ligas del mundo, con mayor o menor grado de éxito⁸⁹⁰. Pero siempre de alguna u otra manera se vieron forzados a lidiar con las diferentes peculiaridades de cada país, ya sea a nivel legal, económico, o incluso

⁸⁸⁹ Entre otros estudios basados en este equilibrio competitivo del modelo americano, destacan; BUTLER, M.R., “Competitive balance in MLB”, *The American Economist*, Vol. 39, Nº 2, 1995; GUSTAFSON, E., FIZEL, J. Y HADLEY, L., *Baseball Economics*, Edit. Praeger, 1997; FORT, R. y QUIRK, J., “Cross subsidization, incentives and outcome in professional team sports leagues”, *Journal of Economic Literature*, Nº 33, 1995; SHEEHAN, R.G., *Keeping score. The economics of big-time sports*, Edit. Diamond Communications, 1996.

⁸⁹⁰ No todo el proceso de la implantación del modelo de negocio se ha desarrollado exento de polémica; las decisiones condenatorias de los Tribunales se han sucedido, subrayando unas veces el carácter anticompetitivo del sistema, y otras la naturaleza monopolística de las medidas empresariales unilaterales en este tipo de modelos en lo que respecta a las relaciones contractuales laborales, situando en muchas ocasiones al margen de la legalidad, los acuerdos empresariales que habían regido el deporte profesional durante estos años, así, con el cuestionamiento jurídico de las reglas y normas restrictivas de la NFL, NBA y NHL, llegó la fecha de caducidad de un modelo de mercado de transacción de deportistas regido de manera unilateral.(Cfr. en este sentido la Sentencia de la Corte Suprema del caso, *Robertson v. National Basketball Association*, 389 F. Supp. 867 (1975)).

político. Por ejemplo, la PBA filipina, la primer liga profesional de básquet creada fuera de los Estados Unidos (en 1975), es un conjunto de corporaciones que en realidad son secciones locales de compañías internacionales, y son las compañías mismas que la publicitan (en su momento la petrolera Shell, Coca-Cola, la Corporación San Miguel, etc.) quienes constituyen los equipos, generan los ingresos propios del equipo, elaboran los contratos y pagan los sueldos, es decir, no son compañías creadas "ad-hoc" para cada equipo. La Lega Italiana di Pallacanestro (llamado comúnmente Lega Basket Serie A) fue, en la temporada 1969-70, la primer liga de Europa en tener sus clubes de primera división agrupados en una asociación de clubes autogestionable, y en el caso italiano con el tiempo devino en sociedad anónima. Si bien su constitución contempla un régimen mixto entre socios que son sociedades y socios que son solo clubes, con el tiempo estos últimos también se constituyeron en sociedades pero por una cuestión más bien de acogerse a las leyes de mercado y competir en igualdad de condiciones. A pesar de que la Lega Italiana es y responde legalmente como una sociedad anónima, ésta, si bien no depende de la Federación italiana, es sometida a muy fuertes regulaciones.

Sin embargo el caso estrella a analizar diferente a la NBA es sin lugar a dudas la ACB española. Como la mayoría de las ligas europeas, esta fue creada en base a los equipos que compitieron en la primera división de su Federación el año anterior. El modelo a seguir, si bien fue calcado de la NBA, fue la base que creo el modelo de liga asociación de clubes que después copiaría, entre otras, la Liga Nacional argentina (1985).

En España, la Liga ACB (Liga española de baloncesto), arranco en la temporada 1983-84 como una asociación de clubes –concepto distinto a la franquicia-, no obstante, sería a partir de la temporada 1991-92, con la sanción de la Ley del Deporte española, cuando se produce una revolución en todo sentido. Esta ley obliga a todos los clubes que no tengan superávit en los cinco ejercicios

inmediatamente anteriores a convertirse en sociedades anónimas deportivas⁸⁹¹. El salto cualitativo en la gestión de los clubes españoles se produce cuando estos, a pesar de ese brusco cambio, siguen ejerciendo (e incrementando de manera progresiva) su función social. Es decir, visión 100% de empresa, sin dejar por ello de ser un club. Por cuanto a la Liga misma, legalmente es una sociedad anónima y sigue el modelo de gestión de la NBA. En el caso puntual de la NBA ninguno de los equipos es un club. Cada equipo se encarga de todos aquellos contratos de difusión y comunicación (radio, televisión, etc.) a nivel local (es decir, municipal – de condado- e incluso estadual), pero la NBA se reserva el derecho de todos los contratos firmados a nivel nacional.

B) Realidad y futuro de la franquicia en el fútbol

Pensamos que la oportunidad del modelo de negocio de la franquicia en este deporte tiene una expansión y un desarrollo igualmente ilimitado. La imagen de marca que en la actualidad tienen los equipos de fútbol españoles –y europeos⁸⁹²-, es tal, que se hace imprescindible el desarrollo de nuevas formulas jurídicas en los países donde no se practique tanto este deporte, o incluso, donde este deporte sea ignorado como competición deportiva, al existir en el mismo otro tipo de actividad que prime por encima del fútbol, y en este sentido el modelo de negocio de la franquicia, a la postre, se podría convertir en acicate para que potenciales emprendedores decidan implantarlo y a su vez, atraigan a accionistas o propietarios para que desarrollen y expandan su marca y su modelo de negocio desarrollado.

⁸⁹¹ El régimen jurídico específico de las Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) se encuentra en los artículos 19 a 29 de la Ley 10/1990, de 5 de octubre, del Deporte, y en el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas, modificado por el Real Decreto 1412/2001, de 14 de diciembre.

⁸⁹² *Vid.* TEROL GÓMEZ, R., *Las Ligas ... op. cit.*, pág.54.

Estableciendo una comparativa con la Major League Soccer (MLS), de EE.UU, nos damos cuenta que el fútbol europeo está casi destinado al fracaso si no se modifica la dedicación y profesionalidad de los responsables. Las competiciones europeas llevan unas políticas financieras auténticamente ruinosas (solo en la Liga española en la temporada pasada 2013 la deuda fue de 2.000 millones de euros, en la actualidad).⁸⁹³ Inexcusablemente todo esto cambiará no ya solo el día que Europa le eche el freno al fútbol español, sino en el mismo momento en el que estas propias sociedades anónimas deportivas dejen de pensar exclusivamente en los éxitos deportivos y se dediquen a mirar un poco el apartado de los beneficios. Es alarmante que se permitan fichajes estratosféricos

⁸⁹³ A Junio de 2014 la deuda de la Primera División Española es de 3.15 billones de euros, y la del fútbol profesional en total más de 5 billones de euros. De estos, cerca de 2 billones son debidos al Estado entre Impuestos y Seguridad social, y el resto fundamentalmente a las Entidades Bancarias.(Los datos utilizados para clarificar estas deudas se han obtenido a partir de <http://empolicalcio.forumfree.it/?t=46542599&st=45> y la última Global Sports Salaries Survey disponible en www.sportintelligence.com (<http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/noticia-rio-csd-lfp.pdf>)). Pero igualmente los precedentes deficitarios para las Administraciones Públicas en Europa han sido múltiples, recordamos a modo de ejemplo el apoyo financiero de las Administraciones a los Clubes y Sociedades Anónimas Deportivas que se ha producido de diversas maneras a lo largo de los años, desde la participación en el accionariado de las sociedades anónimas (como fueron los casos del Racing de Santander, Jaén, entre otros equipos), hasta el otorgamiento de avales públicos para garantizar las operaciones de crédito o préstamo destinadas a pagar las deudas contraídas (caso del aval del Gobierno Foral de Navarra en 2003, Ley Foral 1/2003, de 14 de febrero, a favor del Club Deportivo Osasuna, por cuantía de 18 millones de euros), alquileres de instalaciones deportivas públicas a precio simbólico (Alavés, Celta, Deportivo, Villarreal o Mallorca no abonaban un solo euro a las arcas públicas por la cesión de sus campos de fútbol, y otros como Rayo Vallecano o Málaga pagaban cantidades simbólicas). Respecto a Europa por ejemplo recordamos igualmente entre los muchos acontecimientos no deseables en este ámbito, el caso italiano, cuyo Parlamento, mediante la Ley 27 de 21 de febrero de 2003 (Ley conocida como *Salva Calcio*), aprobó una serie de medidas fiscales y contables para clubes profesionales investigadas por la UE, por posible infracción del artículo 87 del Tratado, sobre ayudas de Estado, que llevaron al mismo aportar cantidades millonarias para la salvaguarda de la competición.

en los que “supuestamente” se desembolsan cantidades ingentes de dinero (así no es de extrañar que en los últimos años hayan aterrizado en nuestro fútbol los jeques provenientes de los países más ricos del planeta)⁸⁹⁴. Sin embargo la MSL, la Liga americana basada en un modelo de negocio franquiciado, un negocio con sus defectos y fortalezas pero que lleva una estricta política financiera y, debida al límite salarial establecido, sus franquicias sólo pueden pagar elevadísimas cantidades de dinero a un número determinado de jugadores: concretamente, sólo 3 por equipo pueden pasar de los cerca de 400.000 dólares anuales. Y como toda cifra que supere ese límite debe ser abonada íntegramente por la franquicia (el resto de sueldos están garantizados por la Liga y se pagan de un fondo común), y no todas tienen la misma capacidad para generar ingresos, la mayoría de franquicias prefieren mantenerse en un discreto segundo plano en materia salarial.

En la actualidad el paso más relevante que dio el fútbol español para afianzarse en el mercado norteamericano, aparte de las giras internacionales, fue el intento del FC Barcelona de convertirse en propietario de una franquicia e la Major League Soccer (MLS)⁸⁹⁵. En mayo de 2008, el FC Barcelona firmó un

⁸⁹⁴ *Vid.* RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, 2002.

⁸⁹⁵ La MLS es otro referente similar basado en el nuevo modelo de franquicia. Él mismo sigue creciendo en equipos, calidad, estrellas, y por supuesto, en jugadores “franquicia”. Éstos, según el Convenio Colectivo, permiten que cada franquicia –Club–, designe alguno de ellos para cada temporada, y sobre todo que han de estar sujetos a un régimen de “agente libre” restringido en los términos que a continuación se señalan; si en la temporada en que finaliza su contrato mantiene la consideración de jugador franquicia, el Club podrá obtener una compensación consistente en dos primeras rondas siempre que le ofrezca renovar proponiéndole al menos un salario equivalente al de la media de los cinco jugadores de su mismo puesto mejor pagados durante la temporada que finaliza; y si tal oferta no se produce, el jugador adquiere la condición de agente libre sin ningún tipo de restricción, disponiendo de absoluta libertad para negociar con otra franquicia. En la actualidad (temporada 2014/15) la Liga profesional de fútbol estadounidense cuenta con una cifra record de 25 jugadores

contrato de *partnership* (contrato de asociación), para trabajar de manera estratégica con la MLS, según el cual el club catalán disputaría en EEUU seis partidos entre 2009 y 2013, tendría presencia entre los patrocinadores de la liga,

franquicia, cada vez se va adaptando el modelo de negocio permitiendo la contratación de jugadores más jóvenes e implementando nuevas reglas para facilitar la contratación de jugadores con más potencial de futuro. Así tras la actual reforma de la normativa actual para la presente temporada se contempla la contratación de jugadores internacionales Sub'20, al igual que se establece el sueldo máximo que se puede pagar a un jugador –no franquicia-, el cual asciende a 387.500 dólares, es decir por mucho que se esté pagando a un jugador franquicia – para los cuales no existe tope salarial excepcionalmente-, para el presupuesto del tope salarial del club sólo contará ese jugador por dicho importe, esto es, sólo computará por valor de 387.500 dólares. La Ley de Jugador Franquicia (conocida como la Ley Beckham ya que fue aprobada por la MSL para que el jugador inglés se pudiera incorporar al L.A Galaxy en 2007), se estableció sin romper con los pilares del modelo de negocio basado en el tope salarial – Beckham, fue el Jugador Franquicia de los Galaxy con un sueldo de cerca de 8 millones de dólares anuales-, pero su salario sólo computaba en el presupuesto del Galaxy para la temporada como 350,000 dólares (que era el tope salarial fijado en 2007). En la norma vigente del Jugador Franquicia, les permite a cada una de las franquicias contratar hasta tres jugadores con salarios que superan el tope salarial del club y cuyo costo adicional será responsabilidad financiera del club –de la franquicia que lo contrató-, y no de la Liga que asumirá el de los demás jugadores, y el mismo pero sólo por valor del tope. Los cupos para los jugadores franquicia pueden ser usados para adquirir jugadores nuevos en la MLS o retener jugadores actuales en la MLS, pero todo –y he aquí el funcionamiento del modelo de negocio deportivo americano-, sujeto a la aprobación de la Liga no de la propia franquiciada. Curioso es también dentro de este sistema y en su regulación, los denominados jugadores “lotería” , jugadores de estimada valía asignados a clubes de la MLS siguiendo el proceso de lotería, pero con la peculiaridad que al equipo que se le asigna un jugador por medio de la lotería en cualquier temporada no le será asignado otro jugador por medio de este mecanismo esa misma temporada a menos que o hasta que todos los clubes hayan recibido un jugador por lotería, o que algún club haya decidido no participar y rechazar esta lotería –como vemos, impera en todo momento el principio de equidad-. Evidentemente este tipo de jugadores franquicia que podrán utilizar cada uno de los clubs pertenecientes a la competición, no garantiza el campeonato, pero cumplen con el binomio y máxima del modelo de negocio americano, espectáculo-rentabilidad, ya que los beneficiarios –consumidores y usuarios-, comprarán sus entradas y llenarán sus estadios, provocando el éxito de la competición, de las franquicias, de la Liga y del consumidor final.

podría firmar acuerdos comerciales bilaterales con empresas americanas y podría optar a una franquicia a partir de 2010. El 15 de octubre de 2008, el FC Barcelona y un grupo inversor liderado por el boliviano Marcelo Claure presentaron una oferta para convertirse en nuevos propietarios de una de las nuevas franquicias, localizada en Miami. No obstante, el crac económico americano del 2009 y la inestabilidad generada hicieron que el 3 de marzo de 2009 la MLS, el FC Barcelona y Marcelo Claure acordasen “desestimar la candidatura de Miami como nueva franquicia en procesos de expansión de la MLS”.⁸⁹⁶

Aunque la franquicia del FC Barcelona en Miami fue el proyecto más avanzado hasta el momento para que un club español entrase a competir en el sistema de competiciones cerrado americano, en 2006 el Real Madrid firmó un precontrato con la NBA para adquirir una de las cuatro franquicias europeas que la liga americana planifica en el viejo continente⁸⁹⁷ y cuatro años atrás, el FC Barcelona fue el primer club de fútbol vinculado con la National Football League (NFL) americana, ya que absorbió como sección del club a los Barcelona Dragons⁸⁹⁸.

a) El valor contingente de la franquicia: liga actual de fútbol india

En la actualidad, esta actitud empresarial o iniciativa de negocio abanderada por el concepto de franquicia, es la que acaba de implantarse en la India. Efectivamente en el presente 2014, ha surgido la Indian Super League, (liga india de fútbol), liga de nueva creación que ofrece un modelo de negocio cuyo principal revulsivo para los nuevos inversores, son los importantes incentivos

⁸⁹⁶ Cfr. FC. BARCELONA, “Asunto: El Barça desestima la candidatura de la MLS a Miami”, nota informativa, 3-3-2006.

⁸⁹⁷ Cfr. ZÁRATE, Óscar, “Motín contra Calderón”, *Mundo Deportivo*, 12-12-2006, pág. 17.

⁸⁹⁸ Cfr. *MUNDO DEPORTIVO*, “El Barça entra por la puerta grande en EEUU”, 1-2-2002, pág. 16.

fiscales que proponen. Esta, pretende imponer en el mercado nuevas fórmulas jurídicas creadas para atraer a los equipos de las ligas europeas y que se conviertan en accionistas de las propias franquicias futbolísticas en este país. Uno de los equipos españoles que primero ha decidido vincularse a este modelo de negocio ha sido el Atlético de Madrid, que tras un periodo de negociación contractual con la propia Liga India, y fruto de esas negociaciones, llega a poseer en la actualidad, el 25% del Atlético de Kolkata (franquicia India), con el que, entre otras muchas cosas como el staff corporativo, organigrama, jugadores, etc., comparte colores –equipación-, por tanto, se ha convertido en su franquicia en esta competición india.

Este negocio del mercado indio, sus pretensiones y los proyectos que ambicionan, pretenden que dicho país tenga una liga de fútbol a la altura de las mejores competiciones europeas –y por ende, del mundo-. El desarrollo del modelo o sistema comercial que han puesto en vigor y en la actualidad están desarrollando (en concreto el 15 de septiembre de 2014, se inició la Liga de fútbol India), empieza por intentar implicar a los equipos europeos para que participen como accionistas en sus equipos, y para ello presentaron una serie de fórmulas legales que permitían asociaciones y colaboraciones entre los equipos europeos y la propia Liga que debían fructificar y materializarse para que finalmente dichos acuerdos dieran lugar a transformaciones en acciones de los equipo de la Liga India (Indian Super League)⁸⁹⁹.

⁸⁹⁹ Esta liga esta promovida por Reliance, la mayor empresa privada del país, y por una filial de 21st Century Fox. En la que cada equipo cuenta con el apoyo económico de una compañía y de un actor de Bollywood o deportista famoso. Los equipos indios buscan el apoyo técnico de clubes europeos para poner en marcha la liga profesional y los salarios tributan a un tipo lineal del 20% en el IRPF, beneficiando a los contratos estrella de los jugadores.

Las formas jurídicas de colaboración o asociación propuestas fueron varias, así por ejemplo, la Florentina (afamado club italiano de fútbol), acaba de vincularse con el equipo Indio, el “Pune”, mediante un contrato donde la parte contratada –club italiano-, prestará servicios de asesoramiento gratis durante el primer año, y si ambas partes lo consintiesen y el negocio fructificase, se fijaría un canon –precio-, por ese trabajo y en el segundo ejercicio se convertiría en accionista de la franquicia del club indio.

Esta fórmula es absolutamente novedosa desde el punto de vista legal deportivo, pues lo habitual es que un equipo se convierta en accionista de otro o incluso que cobre directamente una remuneración a cambio de prestar servicios de asesoramiento⁹⁰⁰. Este tipo de acuerdos tienen más semejanzas con el sistema de franquicia americano que los que se realizan en Europa.⁹⁰¹

⁹⁰⁰ En la actualidad se acaba de presentar este modelo de negocio en la ciudad de Nueva York con la incorporación de una nueva franquicia futbolística , fruto del acuerdo de colaboración realizado por el Manchester United –equipo inglés-, donde ha surgido la nueva franquicia “New York City Football Club”, que es el nuevo equipo de fútbol profesional de la liga de fútbol de Estados Unidos, de la ciudad de Nueva York. Fue fundado en 2013 por el Manchester City y los New York Yankees, quienes conjuntamente pagaron 100 millones de dólares para incorporarse como nueva franquicia en la Major League Soccer de los Estados Unidos a partir del año 2015. Y donde uno de nuestros jugadores más emblemáticos de la Selección española va a jugar la temporada 2014/15 en dicha franquicia, en concreto nos referimos a David Villa.

⁹⁰¹ La competición, como señalamos pionera dentro del modelo de negocio futbolístico, se ha iniciado en el mes de septiembre de 2014, y tiene prevista su finalización en el mes de diciembre del presente año, ya que en la actualidad su modelo de negocio deportivo está formado únicamente por ocho equipos, pero con un potencial de crecimiento muy importante a la vez que relevante, ya que el mercado indio tiene un atractivo espectacular y un valor absolutamente al alza, pues su mercado cuenta con cerca de 1.200 millones de habitantes. Creemos rotundamente que esta iniciativa podrá ser acicate para que dicho negocio se extienda por otros lugares y continentes del mundo.

El principal atractivo de entrar en estas franquicias radica, por un lado, en su alto potencial de público, lo que puede servir para atraer patrocinadores que quieran abrirse camino en este mercado, mientras que por otro, los precios son atractivos ya que se trata de una liga que al estar en su fase inicial y ser novedosa y pionera en su sector, todavía esta a precios asequibles y por tanto, al alcance de todos los clubes europeos. Si se consolida –como ocurrió con la Liga de Cricket-, y tiene la recepción prevista, el ser dueño de una franquicia en India puede convertirse en un negocio muy rentable.⁹⁰²

Independientemente del atractivo de este mercado, observamos las peculiaridades legales de estos acuerdos para desembarcar en la Indian Super League. Aunque el país cuenta con muchos incentivos de tipo fiscal, los equipos deberán de estudiar –y en ello están-, en la mejor manera de articular el acuerdo contractual, por ejemplo a la hora de tributar eligiendo entre pagar el 12% de IVA o el 20% de IRPF, tipo único que se aplica en estos casos⁹⁰³. A pesar de estas facilidades, también existen barreras, como las restricciones en las cantidades de dinero que se pueden enviar al país, por lo que un accionista tiene que valorar cuáles son las mejores alternativas para fichar a un jugador estrella.

Por ahora, las alternativas contractuales que se articulan para participar en la competición india, se desarrollan de tres formas distintas:

⁹⁰² Aún no existen cálculos oficiales, pues se está desarrollando la Liga en el presente año 2014, pero ya se habla de cifras multimillonarias, y sobre todo teniendo en cuenta la contribución que la FIFA está realizando y donde tiene previsto invertir grandes cantidades de dinero en los futuros estadios que se construirán –y se están construyendo-, en la India, ya que será el país anfitrión del Mundial Sub-17 que se celebrará en 2017.

⁹⁰³ *Cfr.* SAIZ, S., “India tiende un puente legal a los clubes españoles de fútbol”, *Diario Expansión*, 18 de agosto 2014, Madrid.

1.- La primera, y elegida recientemente por el Atlético de Madrid, es consentir un contrato que le vincule al proyecto como accionista.

2.- El segundo acuerdo o alternativa para formar parte de la competición, lo emplea la Fiorentina, que en este caso ofrece apoyo técnico gratis y asume el coste como si de una campaña de marketing se tratara.

3.- Y por último, existe un modelo híbrido, en el que además de soporte técnico, se puede incluso ceder jugadores o al entrenador y, en el futuro, contabilizar esa contribución y canjearla por acciones.

El modelo de negocio impulsado por India, a pesar de que por el momento es poco habitual que un equipo extranjero invierta en otro club y, mucho menos, que se haga fuerte en otras ligas a través del modelo de negocio de franquicia, pensamos que podrá suponer un cambio de tendencia en el mundo del fútbol, y podrá ser un revulsivo para intentar acometer por medio del deporte, nuevos yacimientos de empleo, nuevas iniciativas empresariales y a su vez satisfacer nuevas necesidades de entretenimiento y acceso a actividades deportivas, y por ende, saludables para consumidores y usuarios.

C) Conclusión de la franquicia en el deporte

La globalización genera un nivel de competencia en el mercado que la mayoría de los empresarios pequeños y medianos difícilmente podrán soportar por sí solos. La franquicia ha llevado no solamente modelos de negocio a través de sus productos, servicios y conceptos comerciales a prácticamente todo el mundo, sino que ha difundido culturas y estados de vida que, tarde o temprano, terminan por ser aceptadas y adoptadas por otros mercados como propios.

Ni el sometimiento de las entidades participantes en competiciones calificadas como profesionales, fútbol 1ª y 2ª división y baloncesto ACB, a un régimen de responsabilidad mercantil a través de la particular figura de las

Sociedad Anónima Deportiva (SAD), ni la progresiva profesionalización en la gestión del deporte profesional, ni el ingenio y el esfuerzo dedicados a la búsqueda de nuevas fuentes de financiación han paliado los problemas de origen estructural que padece el modelo de deporte profesional en el Estado Español y en el conjunto de Europa⁹⁰⁴. En el eje de la crisis del modelo europeo, se sitúa igualmente el diseño disfuncional de las relaciones laborales deportivas y del mercado de trabajo. El factor humano, los deportistas, son el elemento decisivo para lograr un producto deportivo atractivo, esto es, equilibrado, y por tanto exitoso. En efecto, una asignación homogénea de los talentos deportivos, como condición de un producto con incertidumbre sobre el resultado, es fundamental para la actividad empresarial deportiva si se pretende que sea próspera.

Por lo tanto creemos que la organización de las competiciones requiere de reglas tendentes a promover la constitución de plantillas deportivas igualadas, o lo que es lo mismo, se precisa la intervención conjunta sobre la asignación de recursos humanos entre las entidades deportivas, más aún cuando el potencial económico de éstas, y en consecuencia su capacidad de atraer y contratar a los mejores deportistas, es dispar. Y en este sentido, el sistema de franquicia no tiene otro camino más que el éxito, no son la panacea a los problemas económicos de las personas ni de los clubs ni de los equipos deportivos, ni mucho menos son la única forma de desarrollarse en el mundo económicamente cambiante al mundo en que vivimos, pero sí, hoy por hoy, son una de las mejores opciones para hacer negocios como hemos observado, incluso en el terreno deportivo. Las medidas a adoptar deberán tener un alcance general, comprensivo al menos de las Ligas europeas de primer orden, ya que en un mercado de trabajo deportivo cada vez más globalizado, carece de sentido confinar las soluciones a compartimentos

⁹⁰⁴ *Cfr.* IRURZUN UGALDE, K., "La negociación colectiva en el deporte profesional", Universidad del País Vasco, Leioa, 2004.

estancos. Y aquí, el papel promocional de la UE adquiere una importante dimensión, a la hora de impulsar y consolidar a los agentes sociales europeos del sector deportivo, acelerando el actual proceso de Diálogo Social abierto entre los distintos operadores económicos y deportivos.

2. LA FRANQUICIA EN LA HOSTELERIA: REALIDAD JURÍDICA Y SUSTANCIAL

Otra de las actividades empresariales donde el modelo de franquicia se está consolidando como una realidad, es la hostelería. La oferta hotelera en nuestro país es inmensa y el mercado de inversiones inmobiliarias actualmente está muy candente, luego se barajan y presentan varias opciones de cara al futuro. El mercado hotelero tiene su propia idiosincrasia, ya que las diez cadenas principales de hoteles en España no llegan a alcanzar el 20% de la cuota del mercado total, por lo que las pequeñas cadenas y los hoteleros independientes controlan casi el 80% de la cuota de mercado.⁹⁰⁵ Estamos ante una oportunidad de realizar alianzas estratégicas -que podrían asimilarse a los denominados acuerdos de franquicia-, pero no ya sólo por parte de las grandes cadenas hoteleras, sino incluso de los pequeños inversores y hoteleros independientes, que aparte de la dependencia casi total de intermediarios y turoperadores para conseguir demanda para sus establecimientos –con el consiguiente monto que ello significa-, deberán de realizar algún tipo de movimiento o alternativa empresarial

⁹⁰⁵ Según el estudio “Expectativas 2013” de Deloitte a finales del 2012, las diez principales cadenas hoteleras por número de habitaciones concentran el 19% de la capacidad de los establecimientos del país, y por este orden son: Meliá, con el 3,8% de cuota de habitaciones, seguida de NH Hoteles (3%), Barceló (1,9%), RIU (1,7%), Marriott (1,4%), Iberostar (1,4%), Accor (1,3%), H10 Hoteles (1,2%), Husa Hoteles (1,2%) y Best Hoteles (1,2%); en total suman 712.356 habitaciones repartidas en 14.976 establecimientos. Dicho estudio apunta a su vez – como nos venimos adheriendo en nuestras reflexiones-, hacia las “concentraciones o alianzas estratégicas”, como medida oportuna y real para el desarrollo del mercado hotelero venidero.

para que en el entorno actual, tenga mayor posibilidad de éxito y sobre todo, perduren en el tiempo. Las medidas pueden ser varias, desde la asociación con otros hoteleros independientes hasta el serio planteamiento de realizar acuerdos de franquicias con cadenas hoteleras con el beneficio que ello reportaría, dando lugar inconmensurablemente a un ahorro por central de reservas y a un ahorro por economías de escala en el aprovisionamiento de los mismos. De dicha manera esta alianza en forma de franquicia, podría resultar a la postre una medida inmediata y muy favorable para la rentabilidad de ambos establecimientos, una rentabilidad fructífera y un asentamiento en este nuevo mercado que tantas fluctuaciones esta provocando durante estos años.

Pensamos que dicha medida, sería exitosa para ambas partes, por un lado el pequeño empresario u hotelero independiente en nuestra opinión, a pesar de tener algún inconveniente –como la pérdida de identidad propia-, redundaría de beneficios su negocio, estabilizando de la misma manera su perspectiva de futuro, ya que; en primer lugar el hotel seguiría siendo el mismo (salvo la enseña de la franquicia que figuraría en la fachada del hotel junto al rótulo habitual del mismo); podría permitirle desistir de seguir participando de manera activa o en primera persona en el día a día del trabajo hotelero, pues la propia cadena franquiciada ayudaría en la selección de un director con experiencia en gestionar hoteles de la propia cadena para el caso que esa fuera la pretensión del pequeño hotelero; la experiencia de la potencial cadena franquiciadora para analizar estrategias de mercado con el fin de optimizar la venta y las relaciones comerciales, sería otra de sus principales ventajas e igualmente sería crucial llegado este punto, aunque el franquiciado finalmente fuera quien definiera y decidiera lo política final de precios del establecimiento hotelero; indudablemente los niveles de ocupación aumentarían ya que al formalizar el contrato con la cadena franquiciada se accede a un segmento de mercado objetivo tremendamente superior; las comisiones por ventas indirectas, esto es, las comisiones de agencias, intermediarios y

turoperadores se reducirían considerablemente, y; el asesoramiento continuo de la franquicia de origen, serían claves en el devenir del futuro establecimiento hotelero; pero por otro lado, dicha coalición o acuerdo contractual igualmente para la franquicia sería muy relevante y ventajosa, ya que de que accedería a segmentos de mercado que no controlaba o a los que no tenía acceso por sí sola, incrementaría su negocio, se expandiría y sobre todo, disminuiría pequeños competidores, que sumados harían gran cantidad de competidores. En definitiva este potencial modelo de negocio de franquicia que proponemos igualmente aplicado a este sector, nos resuelta extremadamente viable para la gestión de los establecimientos hoteleros venideros. Acuerdos contractuales o alianzas que podrían revestir este modelo de empresa u otras variantes asimiladas, como por ejemplo; el no perder en este caso el día a día el trabajo diario del hotel y simplemente el propietario del hotel, tras asumir la propia gestión del hotel, se beneficiaría de la presencia y el amparo de una franquicia, que le podría ceder su marca y darle los servicios de reservas y de marketing a cambio de un canon anual sobre facturación o un canon fijo fruto de esa alianza. Son varias las alternativas por parte de ambas partes las que evidencian, a nuestro modo de entender, que existen muchas ventajas a la hora de plantear este modelo de negocio franquiciado, aunque como tal, y siendo igualmente objetivos y realistas, no estaría exento de inconvenientes ya que el adecuar el negocio a la cadena hotelera supondrá un incremento muy importante de inversión por parte del pequeño hotelero , que en ocasiones no esta dispuesto o carece de medios para realizarlo, un incremento de inversión que debería sopesar el adecuar el establecimiento a las instalaciones y estándares de la cadena hotelera franquiciada, un mayor aumento de inversión que a su vez habría se vería incrementado con los gastos de formación, marketing y cesión de marca que daría la misma empresa franquiciada, además de resolver otro gran inconveniente que sería el relativo a la “exclusividad” de territorio para comercializar las ventas, evidentemente el empresario hotelero independiente ha de negociar

contractualmente y de manera clara y fehaciente la exclusividad territorial para evitar que otras cadenas se ubiquen en lugares próximos al nuevo establecimiento, y sin duda un nuevo inconveniente que habría de resolver para evitar futuros conflictos no deseable, sería el atar los términos de salida para el caso de que el negocio, la relación de confianza o el nuevo modelo de negocio implantado por los motivos que fuere, no funcionaran. Estos inconvenientes y otros posibles que seguro surgieran, deberían de ser aclarados tras una ardua negociación contractual –recordemos la importancia de una buena negociación en todo contrato, y en este en especial que requiere esta negociación-, y de esta forma aminorarían en la mayor medida posible de cara a contentar a ambas partes contratantes y que fruto de las mismas se logrará el pretendido acuerdo. Así, la franquicia como modelo de negocio, tiene mucho recorrido y cabida en este sector tan cambiante y evolucionado que se está convirtiendo en estos momentos, el sector hotelero, ayudaría a crecer de manera más rápida a sus negocios, a buen seguro con mayor rentabilidad, además de conseguir tener mayor visibilidad en mercados extranjeros donde en un principio su marca hotelera independiente no era conocida y con la fusión alcanzará mayor cuota de mercado.

A) Paradores de turismo: hacia un modelo franquiciable

En la actualidad nos encontramos con iniciativas reales que se están planteando de manera sería el crear y gestionar sus establecimientos mediante estos nuevos modelos de negocio⁹⁰⁶ e unir así sinergias, en este sector tremendamente competitivo. Ejemplo de ello es que “Paradores de Turismo”, empresa pública española, quiere abrir su modelo de negocio a hoteles franquicia

⁹⁰⁶ La intención de Paradores de turismo es implantar para el año 2015 su modelo de negocio a hoteles franquicias independientes ubicados en edificios emblemáticos de las grandes ciudades donde la cadena pública no cuenta con un Parador.

independientes en lugares donde la red no cuente con un parador (inclusive, se plantean la posibilidad de exportar dicho modelo de negocio fuera de España). Y en principio, y tras conocerse la noticia la recepción no ha podido ser más positiva, pues multitud de cadenas y pequeños hoteles independientes están a la espera de los detalles de la operación ya que están interesados en comenzar a realizar acuerdos con la misma. El objetivo es realizar contratos de gestión mixta “público-privada”, en donde no se descarta acuerdos puntuales como los que son ya una realidad, y se han establecido con algunos espacios gastronómicos para crecer en ingresos y sobre todo, penetrar en mercados de manera diferente.

En definitiva la internacionalización, la búsqueda de nuevos mercados y segmentos de negocio y la potenciación de la fidelidad conformarían objetivos que deberían plantearse las distintas empresas hoteleras para los tiempos venideros que nos acechan, y creemos que con la firma de este tipo de contratos de franquicia o similares, donde con las incorporaciones e inclusiones de negocios exitosos con gran capacidad de crecimiento local, nacional o internacional, con grandes propuestas económicamente viables, tanto para la franquicia como para sus franquiciados, y sobre todo con grandes capacidades para transferir tecnologías y dar mayor servicio de asesoramiento a sus franquiciados, coadyuvarían a la rentabilidad de los establecimientos, la tan ansiada y deseada, creación de empleo y en definitiva, y en este caso en particular de Paradores de turismo, en llevar la marca “España” a lugares donde no estuviera asentada o fuera conocido, con el consiguiente beneficio y retorno económico nacional para todos. Creemos firmemente que la necesidad de que en España el sector hotelero alcance un proceso de consolidación, permitirá a los grandes grupos ganar en tamaño para competir globalmente e incrementar su internacionalización e igualmente y de vital importancia, permitirá por otro lado, la supervivencia de los pequeños grupos u hoteleros independientes, mediante dichas uniones o integraciones empresariales.

3. LAS NUEVAS TÉCNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC): LAS REDES SOCIALES EN LA FRANQUICIA

Los modelos de negocio tradicionales, así como las formas tradicionales de dirigir esos negocios, aunque tienen cabida, sino se adaptan como venimos citando a las nuevas tendencias y necesidades del mercado, no encajan en el entorno cambiante de la nueva economía. El uso de Internet y sus tecnologías afines para hacer negocios crece día a día y pocas empresas y modelos de negocio podrán permitirse el lujo de mantener con éxito su forma actual de operar en el mercado. Esto es aún más cierto si nos centramos en el mundo de la franquicia: aquellas franquicias que se mantengan alejadas de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) estarán en clara posición de desventaja respecto a sus competidores, y en un futuro no muy lejano terminarán por desaparecer⁹⁰⁷.

Es evidente –como venimos poniendo de relieve y pondremos a lo largo de nuestro estudio–, que lo más importante en dichos modelos de negocio, lo constituye el acuerdo contractual fruto de la negociación realizada por franquiciador y franquiciado basada en el principio de autonomía de la voluntad, y si no ya con modelos contractuales *per se* de la franquicia, si por el desarrollo de figuras contractuales derivadas, bien basadas en un crecimiento mediante fusiones y absorciones buscando un mejor posicionamiento y una mayor cuota de mercado, bien mediante alianzas estratégicas, e incluso con la realización de contratos internacionales que expandan el modelo negocio franquiciable⁹⁰⁸.

⁹⁰⁷ *Vid.* AAVV., *Expertos en franquicia*, Edit. Mundofranquicia Consulting, 2010.

⁹⁰⁸ *Cfr.* ARÉVALO MUTIZ, P.L., NAVARRO HOYOS, J.A., GARCÍA LEGUIZAMÓN, F. y CASAS GÓMEZ, C., “Modelos de regulación jurídica de las redes sociales virtuales”, en *Revista Vía Iuris*, Nº 11, 2011, págs. 109-136.

A) Desarrollo Normativo

La implicación jurídica de las leyes con respecto a las redes sociales no tiene un cuerpo legislativo exclusivo para regular el mismo, y mucho menos específico para la franquicia y las redes sociales, pero si son varias las normas jurídicas que atañen al mismo, y aunque a veces de manera tangencial, les afecta a dicho modelo de negocio, y son: la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI); la L.O. 1/1982 de Protección Civil al Honor, Intimidación Personal y Familiar y propia Imagen; la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal; la Ley 1/1996 de Propiedad Intelectual (modificada por la Ley 2014); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego; y por supuesto, el Código Penal.

La normatividad aplicable a las redes sociales resulta insuficiente ante las múltiples actividades que se realizan a través de ellas, las diferentes nacionalidades que convergen en estas y las disímiles posturas que se toma frente a la regulación de internet, y es que sin duda las dificultades que se han presentado por el uso de las redes sociales e internet se han convertido en un reto jurídico para el derecho nacional e internacional⁹⁰⁹

⁹⁰⁹ Son varios los modelos y normativas aplicables a las redes sociales e internet, así en la Comunidad Europea tenemos un proceso legislativo muy extenso, las normas con mayor relevancia en esta última década fueron: la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes

Internet –y unos de sus componentes, las redes sociales-, se han convertido en herramientas muy potentes con la que conseguir llegar al público en general. A día de hoy cualquier empresa o franquicia ya tiene un perfil en la red social que más se ajuste a su público objetivo, las redes sociales tienen una repercusión enorme y cualquier acción que quieran poner en marcha desde empresas o franquicias tendrán una repercusión mucho más contundente, rápida, veraz, y sobre todo, adaptada al entorno –y al consumidor o usuario final-, si se llevan a cabo desde las redes sociales. Nos deberíamos plantear, ¿Por qué no crear una aplicación para el Iphone / blackberry, donde el franquiciado pueda gestionar su negocio, o donde el cliente final pueda localizar centro más cercano y hacerse una ruta directa desde donde se encuentre, o los cientos de posibilidades que nos permiten estos Smartphone? ⁹¹⁰

públicas de comunicaciones; la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la -Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados; y el Reglamento (UE) N° 821/2010 de la Comisión, de 17 de septiembre de 2010, por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, entre otros.

⁹¹⁰ En la actualidad desde mayo de 2014, está en marcha la iniciativa “Franchipolis” que tiene como objetivo aglutinar dentro de un mismo espacio al sector de la franquicia. Así, tanto centrales de la franquicia, como emprendedores, franquiciados y aquellos interesados en tal modelo de negocio pueden conocer la actualidad del sector, además de interactuar entre ellos y acceder a la vez, en tiempo real, todo lo que esté asociado al movimiento que rodea a las franquicias. Gracias a esta nueva red social aquellos que integren el sector de las franquicias o piensa incorporarse, tendrán en este soporte un espacio donde poder encontrarse con los diferentes agentes que configuran el sector. Asimismo, se fomenta la colaboración y el intercambio entre ellos ya que se facilita el acceso a los emprendedores a nuevos negocios que se crean bajo este modelo de negocio. A pesar de su carácter novedoso y su público específico, “Franchipolis”, está 100% integrada con otras plataformas sociales, entre las que destacan Facebook, Twitter o Google, las más utilizadas en nuestro país. Esta incorporación

Lo que la utilización de los TIC puede llegar a convertirse –como sucede ya en la realidad del mercado-, en una enorme ventaja, puede en otras ocasiones a su vez, en evolucionar en un determinado conflicto legal difícil de prever –y la mayoría de las veces, de muy difícil resolución-⁹¹¹. Así pues, para aclarar los términos de utilización de los mismos, deberíamos –a nuestro entender-, en los tratos preliminares y primeras informaciones precontractuales del franquiciador con su potencial franquiciado, dejar resueltas el modo de proceder ante este nuevo reto. Evidentemente creemos que los nuevos contratos de franquicia adaptados al mundo global – y a estas nuevas tecnologías-, deberán llevar impresas determinadas cláusulas –aparte de las que ya citadas a lo largo del estudio, con sus consecuencias jurídicas y legales-, que establezcan normas de obligado cumplimiento comunes a todos sus franquiciados por cuanto a las redes sociales e internet respecta, debido a que, si la red de franquicias es muy grande y la marca opta por dejar que cada franquiciado maneje sus perfiles en las redes sociales, aún siendo empresarios independientes, la idiosincrasia de la red franquiciada

permite a los usuarios compartir los contenidos que aparezcan en esta plataforma además de invitar a los contactos que tengan en ellas.

⁹¹¹ Sobre el particular, véase por todos; Parlamentario.com., “El PRO impulsa una ley para regular a los proveedores de Internet”, recuperado el 5 de septiembre de 2012, en <http://parlamentario.com/noticia-34666.html>, BERTONI, E., “¿Regulación de Internet? Una breve revisión de prácticas en América Latina”, recuperado el 30 de agosto del 2012, en <http://blogdelafacultad.blogspot.com/2011/07/regulación-de-internet-unabreve.html>, CHONG, B., “Ética y medios en los tiempos de la globalización”, recuperado 25 de agosto de 2012, en <http://revistasintaxis01.blogspot.com/2008/07/tica-y-medios-en-los-tiemposde-la.html>, FERNÁNDEZ, P., “El peligro de las redes sociales y sus principales consecuencias jurídicas” recuperado 7 de septiembre de 2012, en <http://www.pabloburgueno.com>, CASTRO, A., “La regulación de Internet: un reto jurídico”, recuperado el 30 de junio de 2012, en <http://www.uned.ac>. ; CALDEVILLA, D., “Las Redes Sociales. Tipología, uso y consumo de las redes 2.0 en la sociedad digital actual”, en *documentación de las Ciencias de la Información*, Vol. 33, 2010, págs.45-68.

podría ser gravemente dañada, y por ende el futuro empresarial de éxito común quedar auténticamente fraccionado. Igualmente creemos que el franquiciador – independientemente de la clase de actividad económica empresarial de la franquicia-, deberá llevar a cabo unas determinadas labores de supervisión y adaptación constante a las redes sociales en las que aparezcan sus franquiciados –probablemente sopesando, a priori, el perjuicio que ello le puede reportar por sobrepasar los límites legales e incurrir en un posible quebranto de las normas delictivas por la intromisión a la intimidad de las personas-, desarrollando una negociación contractual –y una información precontractual clara y veraz sobre dichos contenidos y sus obligaciones y responsabilidades en caso de incumplimiento-, de tal forma que, consentida por ambas partes, permitiesen, además de preservar la imagen de marca de la empresa a la hora de realizar las distintas transacciones de este tipo, no rebasar el límite de la legalidad, afrontar los límites jurídicos de ambas partes, e imponer que impere en todo momento el principio universal de la buena fe en todo el *iter negocial* del proceso contractual del modelo del negocio, incluyendo en el mismo, la aplicación de estas nuevas tecnologías y herramientas personales. Creemos igualmente que como medida de prevención, se podrían llegar a determinados acuerdos en los que el franquiciador por medio de su manual de operaciones, pudiese limitar a sus franquiciados el uso de las redes sin más fin que el del éxito negocial y el devenir del negocio – “compartido”-. Al inicio de las relaciones precontractuales o de los denominados tratos preliminares, creemos que sería el lugar idóneo para formular dichos derechos y obligaciones a contemplar por ambas partes contratantes.⁹¹²

⁹¹² El número de clientes ha incrementado en dicho modelo de negocio con la incorporación de los consumidores y usuarios a las redes sociales, así a 1/1/2013 en cuanto a los seguidores de las franquicias por facebook el incremento ha sido superior al 68% y en la red, Twitter, en un 78% con respecto al año anterior. (Investigación que recoge las conclusiones de la nueva edición

4. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

A modo de conclusión, debemos entender que parte del concepto fundamental de global es, en términos simples, la desaparición de cualquier elemento que dificulte la interacción. Las empresas buscan comercializar globalmente o en lenguaje menos complicado, a escala internacional o mundial. La globalidad en este sentido, nos hace recordar a los mercaderes europeos buscando, en glamurosas aventuras, llevar exóticos productos de un lugar a otro para obtener más y mejores ganancias. Vemos que las fusiones, adquisiciones o alianzas estratégicas pretenden explotar y mejorar los mercados, y en este contexto, las franquicias están creciendo en todos los sectores empresariales y en todas las naciones libres del mundo, son métodos y modelos de negocio cada vez más populares de distribución internacional. La globalización ya no es -si es que alguna vez lo fue-, una simple percepción de las cosas, es una realidad, es un proceso que algunos rechazan y otros aceptan, y, muchos abrazan, pero que se ha convertido en el nuevo entorno de los negocios, significa que un producto, servicio o concepto creado en casi cualquier país, puede ser consultado o implantado en otro. La globalización genera un nivel de competencia en el mercado que la mayoría de los empresarios pequeños y medianos difícilmente podrán soportar por sí solos. La franquicia ha llevado no solamente modelos de negocio a través de sus productos, servicios y conceptos comerciales a prácticamente todo el mundo, sino que ha difundido culturas y estados de vida que, tarde o temprano, terminan por ser aceptadas y adoptadas por otros mercados como propios. El sistema de franquicia no tiene otro camino más que el éxito, no son la panacea a los problemas económicos de las personas ni de los clubs ni de los equipos deportivos, ni mucho menos son la única forma de

del estudio sectorial "Identidad online y franquicia 2013", realizado por la consultora Vivential Value en 2014).

desarrollarse en el mundo económicamente cambiante en que vivimos, pero sí, hoy por hoy, son una de las mejores opciones para hacer negocios, para aquellos que quedaron desempleados, para aquellos otros que tuvieron miedo a emprender por su cuenta asumiendo demasiados riesgos y no menos, incertidumbre, y para aquellos que ven peligrar sus negocios de muchos años, pues no pueden por sí solos soportar las cargas empresariales. Los mercados nacionales y extranjeros están sedientos de negocios innovadores, globalizados, adaptados a las nuevas tecnologías y por ende, a las redes sociales, y las franquicias, pese a las fuertes crisis, siguen y seguirán adelante, generando beneficios, fomentando la investigación y el desarrollo, fomentando la competencia y reducción de precios, colaborando en la creación del tejido empresarial, fomentando empleo, haciendo crecer a la economía, y sobre todo, contribuyendo con el desarrollo de las comunidades, y de las naciones enteras a generar beneficios a los consumidores y usuarios finales que se beneficiarán de las mismas obteniendo los mismos productos en diferentes lugares de venta y garantizando estándares de calidad y de servicio ya habituados y relacionados con los mismos.

SECCIÓN XXVII.- LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO PROYECTADO HACIA UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

1. LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Por Orden de 7 de diciembre de 2006, del Ministerio de Justicia, se encargó a la Comisión General de Codificación (en concreto, a su Sección Segunda, de Derecho mercantil), la elaboración de un texto que constituyese un nuevo *Código mercantil*, que sustituiría al vigente Código de comercio. Con fecha 17 de junio de 2013, cumplido el encargo para el que se necesitó más tiempo del previsto, se

entregó al Ministro la *Propuesta de Código mercantil*⁹¹³ cuyos principales objetivos son: evitar la dispersión normativa; modernizar la regulación de las materias contenidas en el Código de comercio (que, según se señala en la Exposición de motivos, “no ha perdido vigencia pero sí vigor”; y garantizar la unidad de mercado, lo que, en definitiva, hará aumentar la seguridad jurídica de los operadores del mercado).

A) Nueva regulación de materias

Sin poder entrar ahora en una consideración general de la *Propuesta* presentada, limitaremos nuestro comentario a señalar que en la misma se incluyen materias que carecían de normativa aplicable. Entre ellas, ocurría con determinados tipos de contratos y, en concreto, con el de franquicia⁹¹⁴. El Libro

⁹¹³ La Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación es presidida por el Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Su composición y régimen de trabajo seguido durante los siete años de elaboración del texto (plazo durante el cual hubo ciento veinte reuniones del Pleno), puede consultarse en *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, págs. 695-698. El sistema de trabajo, *Cfr. idem*, págs. 689 y ss., se llevó a cabo por ponencias y grupos de trabajo, que prepararon la *Propuesta* de textos sobre cada materia, que se transmitían a una ponencia de coordinación. El texto resultante tras las observaciones de ésta, que se rechazaban o admitían, se presentaba al Pleno de la Sección que discutía después las enmiendas presentadas.

⁹¹⁴ I-25. “Pero la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de distribución, suministro, franquicia, mediación, contrato de obra por empresa, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, contratos turísticos, prestación de servicios electrónicos, contratos bancarios y de financiación y operaciones en el mercado de valores.”

Cuarto y el Libro Quinto de la *Propuesta*, se dedican a las “obligaciones y lo contratos mercantiles en general”⁹¹⁵, redactado a partir del *Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio* en la parte general sobre contratos mercantiles⁹¹⁶ y a “los contratos mercantiles en particular”⁹¹⁷, respectivamente. En este último Libro del *Anteproyecto* se incluyen los contratos de intercambio de bienes (compraventa mercantil en general y compraventas especiales, suministro y permuta mercantil), contratos de obra por empresa, contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (comunicaciones electrónicas, contratos publicitarios, servicios turísticos, etc.), contratos de colaboración, contrato de depósito, contrato de transporte, contratos financieros mercantiles (depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, arrendamiento financiero, cesiones financieras de créditos, contratos de garantía y contratos financieros instrumentales), operaciones en el mercado de valores y contratos de seguro y de mediación de seguros. Efectivamente, en este Libro, se recogen y disciplinan contratos que ya tenían regulación en el Código de comercio de 1885 (el Código vigente) junto a otros que la tenían en leyes especiales (fuera, por tanto, del Código) y contratos carentes de regulación jurídica.

⁹¹⁵ En él se contienen disposiciones generales sobre el contrato: deberes en la fase precontractual, perfección, modificación. Interpretación, contenido, extinción, cumplimiento y morosidad; sobre formas especiales de contratación; condiciones generales de la contratación, cláusulas de confidencialidad y exclusiva; y cesión de créditos mercantiles.

⁹¹⁶ Boletín del Ministerio de Justicia Nº 2006. Este Anteproyecto fue redactado, en su momento, por una Ponencia presidida por D. Fernando Sánchez Calero, de la que formaba parte D^a Mercedes Vergez, D. Alberto Bercovitz y D. Manuel de Prada. La adaptación del texto proyectado para su inclusión como Libro Cuarto del nuevo Código, fue llevada a cabo por D^a Mercedes Vergez y D. Ángel Rojo.

⁹¹⁷ Fruto del trabajo de diferentes grupos que se encargaron de distintos tipos contractuales.

El Título IV de este Libro Quinto –“De los contratos de colaboración”- se divide a su vez en siete Capítulos que se refieren al contrato de comisión (el I), al de agencia (el II), a los contratos de distribución (el III), al contrato estimatorio (el IV) al contrato de mediación (el V), al contrato de admisión a subasta pública (el VI) y al contrato de participación (el VII). Nos interesa el Título IV citado (“De los contratos de colaboración”)⁹¹⁸, del que dice textualmente la Exposición de Motivos: “VI-18. El título cuarto se refiere a los contratos de colaboración, aplicando así una denominación que está ampliamente recogida en la doctrina y la práctica, para incluir diversos tipos contractuales, algunos de los cuales ya estaban regulados en nuestra legislación, como es el caso de la comisión y la agencia, y otros difundidos en la práctica se regulan superando así la atipicidad legal en que se encontraban, tal es el caso de los contratos estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública”. Nada se precisa en este comentario del propio legislador sobre los contratos de “distribución comercial” (ni sobre el *nuevo* de participación), limitándose a recordar que el título se preocupa de contratos que ya estaban regulados con anterioridad (comisión y agencia) y de otros como el estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública que carecían de ella. A pesar de la importancia práctica en el mercado de los llamados contratos de distribución, en el que puede incluirse (tal y como hacía la *Propuesta*, al contrato de franquicia), no merecieron, sorprendentemente, la necesaria referencia extensa en ese punto de la Exposición de Motivos, cuando considerábamos que se trataba de una de las principales novedades en este ámbito, aunque según la misma, la inclusión del tratamiento de estos contratos en la *Propuesta* obedece a la necesidad de que este tipo de técnicas de comercialización de "distribución integrada" tenga un marco normativo de referencia, incluyendo bajo dicha terminología los contratos de

⁹¹⁸ Obra del Grupo XI de trabajo de la Sección CGC, presidido por D. Evelio Verdura y Tuells y formado también por D. Fernando Rodríguez Artigas y D. Ricardo Alonso Soto.

venta en exclusiva, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia, con necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual, esto es, al distribuidor al que también se llama comercializador, para lo cual se señala que el régimen consagrado reviste carácter imperativo, teniendo presente esta exigencia sobre todo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas⁹¹⁹.

Tras la definición, común para todos los contratos de distribución, del artículo 543.1 de la *Propuesta* -“Por los contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable”⁹²⁰-. El siguiente precepto proyectado cita las principales modalidades que pueden adoptar los contratos de distribución comercial, entre las que se encuentra (junto a la contrato de compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva y concesión mercantil) el de franquicia, por el cual “el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas” (art. 543-2.f).

⁹¹⁹ *Vid.* números VI 83, 84 y 85 de la Exposición de Motivos.

⁹²⁰ Para una completa consideración de la *Propuesta* y la consideración y regulación que se hace en ella de los contratos de distribución, *Vid.* PLANA PALUZÍE, A., “El contrato de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, Thomson Reuter Aranzadi, BIB 2013/2391 y, muy especialmente, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, *RDC*, La Ley, 2014.

Considerándose excluidos de la aplicación de las reglas de este capítulo los contratos de la ahora llamada “franquicia industrial”, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador”.

El *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*⁹²¹ regulaba de una manera similar esta materia, por lo que su contenido, en gran medida, no sólo habrá sido tenido en cuenta, sino incorporado, en gran parte, al nuevo texto que extendía su ámbito de aplicación a los contratos de distribución, que ya no serían objeto de una regulación especial⁹²². La franquicia y el resto de contratos de distribución, se incluyen en la *Propuesta*, pues. Debe señalarse que a nivel comunitario no se ha exigido expresamente la regulación de los contratos de distribución. Sí se obliga a los Estados, sin embargo, a la transposición de la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales, por lo que la normativa interna sobre el contrato de agencia, se ha aplicado analógicamente a los de distribución, en los diferentes ordenamientos que tutelan, en mayor o menor medida y según los casos, al distribuidor (en el Proyecto se establecían mecanismos de tutela de ambas partes, con criterios de equidad, “amparando a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela”, posición que ocupa, regularmente, el distribuidor).

Atendiendo a las prescripciones que, con carácter general para todos los contratos de distribución y, con carácter especial, para la franquicia, contiene la *Propuesta* de Código, podemos considerar el contrato de franquicia como una especie de aquél, aunque bien pudiera haberse configurado como un contrato

⁹²¹ BOCG de 29 de junio de 2011 (LEG 2011,4857), Proyecto de Ley N° 121/000138.

⁹²² Como ocurre, por ejemplo, en Bélgica, *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961, regulación ciertamente parcial o en Puerto Rico, *Ley 75 de 24 de junio de 1964, Ley de Contratos de Distribución*, en los que las partes contratantes son el distribuidor y el principal o concedente.

diferenciado pues, junto a la concesión, entendemos tiene una importancia práctica y económica mucho mayor que la del resto de modalidades, entre las que se le ha incluido. Será la franquicia entonces, un contrato de colaboración, de carácter bilateral (y sinalagmático, generando obligaciones para ambos contratantes, franquiciador y franquiciado), consensual (aunque las partes pueden exigir la forma escrita), oneroso, intuitu personae y de tracto sucesivo. De haber llegado a ser texto vigente la *Propuesta*, la franquicia sería un contrato típico, regulado por el ordenamiento jurídico. Naturalmente, se trata de un contrato mercantil en el que, como decimos en otro lugar, a veces –muy frecuentemente– se pacta mediante la existencia de condiciones generales, por lo que le serán de aplicación las reglas generales previstas para los contratos de adhesión⁹²³.

En lo que se refiere al contrato, hay unos deberes precontractuales para ambas partes y un contenido –mínimo– de derechos y obligaciones para proveedor (franquiciador) y para distribuidor (franquiciado)⁹²⁴, que coinciden, en gran medida, como hemos dicho, con los del Proyecto de 2011. En este sentido y con carácter previo a la celebración del contrato, las partes deben entregarse –y se destaca que por escrito, con lo que todos los tratos preliminares, informaciones verbales, etc., deberán “formalizarse” en un documento– toda la información que se considere necesaria para poder obligarse con conocimiento de causa. Esta información se

⁹²³ Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

⁹²⁴ Concebido el contenido contractual en la regulación que comentamos para distribuidor y proveedor, lo haremos propio de los contratantes de un contrato de franquicia, esto es franquiciador y franquiciado, y a pesar de que la mencionada norma proyectada se refiera a los primeros, nosotros lo haremos aludiendo expresamente a los segundos, concretándola para ellos y particularizando la misma de modo que su aplicación práctica y singular nos permitirá disponer de un contenido y un haz de derechos y obligaciones de la franquicia merced a una norma prevista no sólo para este contrato (objeto específico de nuestro estudio), sino para todos los de distribución.

referirá, a título meramente indicativo pues puede ser de mayor contenido, a la identificación, con detalle de sus condiciones, de los contratantes; a la actividad que se va a llevar a cabo y sus características, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución; y al contenido del contrato, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones y otros elementos del contrato. Si una parte entrega una cantidad de dinero, aún antes de la firma del contrato, para integrarse en la red o para obtener la reserva de una zona, deben precisarse las prestaciones que se han garantizado como contrapartida por la entrega de esa cantidad, así como las obligaciones asumidas por cada parte, si no llega a celebrarse el contrato. Esta información, que no tendrá que incluir, en principio, la relación de clientes ni las condiciones que se les apliquen, debe ser veraz y no engañosa y sobre ella debe mantenerse absoluta discrecionalidad. No se trata de una característica específica para este tipo de contratos, porque en las Disposiciones generales dictadas para los contratos⁹²⁵ se incluye la regla general, ahora repetida.

Rompiéndose la regla general de libertad de forma para los contratos mercantiles o, al menos, matizándose la misma, libertad que se consagra en el artículo 51 del Código de comercio vigente y en el artículo 413.1 de la *Propuesta*⁹²⁶, el 543.5 se refiere a la formalización por escrito de los contratos de distribución, advirtiendo que cualquiera de los contratantes “podrá exigir en el momento de celebración del contrato o con posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito”, debiendo estar firmado en ese

⁹²⁵ En los Artículos 411.1 a 417.5, se consagra el deber de confidencialidad en esta fase preparatoria del contrato, haciéndose responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen a la otra parte, a la que infrinja este deber. (*Cfr.* Artículo 412.1).

⁹²⁶ “Salvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

caso, por los contratantes a los que habrá de entregarse un ejemplar, exigencia que ya se encuentra recogida, en esta ocasión con carácter general para todos los contratos, en el 413.9 de la Propuesta⁹²⁷. Creemos conveniente, a pesar de cualquier posible consideración, que el contrato de franquicia se pacte por escrito.

B) Contenido del contrato

En cuanto al contenido del contrato, hay dos obligaciones que recaen en franquiciador y franquiciado: la de observar en sus relaciones la máxima lealtad y buena fe, de un lado; la de colaborar para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios, de otra. En lo que se refiere a la primera, no viene sino a destacar el carácter de este contrato, basado en la mutua confianza, aunque el Código civil ya recoja el principio de buena fe en las relaciones contractuales⁹²⁸. Por lo que se refiere a la segunda obligación, es de capital importancia pues condensa el fin último del contrato: la colaboración entre empresarios para la ampliación de la actividad comercial y del mercado. Habrá que concretar en el contrato, cómo se puede llevar a efecto esta obligación, que exigirá posiblemente el establecimiento de unas ventas mínimas por parte del franquiciado y, como requisito previo para hacer ello posible, un suministro mínimo por parte del franquiciador⁹²⁹. Consideramos que en el contrato deberá fijarse, igualmente, la

⁹²⁷ El precepto citado hace recaer sobre el contratante que no acceda a la formalización del contrato por escrito (si lo exige o lo prevé la ley) la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en la regulación legal del contrato. Si el contrato se hubiese formalizado por escrito se estará a su contenido.

⁹²⁸ También lo hace el Código de comercio en el artículo 57, pero tal fórmula no se encuentra recogida en el texto de la *Propuesta*, lo que ciertamente sorprende.

⁹²⁹ *Vid.* STS 202/2001 de 2 de marzo, (RJ 2001, 2616), en la que se señala que estas cláusulas constituyen una obligación principal, no accesoria, siempre y cuando no sean desproporcionadas, en cuyo caso dejarán de considerarse como válidas.

determinación de los objetivos comerciales del distribuidor –que se fijará de mutuo acuerdo- y el contingente de mercancías que, para ello, deberá obrar en su poder. Corresponderá su fijación, a falta de pacto, a la decisión de árbitros o peritos que tendrán como referente para ello, la valoración de las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones de ventas y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional: factores objetivos, de un lado; subjetivos, de otro y estimativos.

a) Obligaciones del franquiciador y franquiciado

Serán obligaciones del franquiciador, suministrar al franquiciado la necesaria información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios que sean objeto del contrato. Concebida esta obligación con un carácter general para todos los contratos de distribución, como hemos dicho, se concreta específicamente para la franquicia, con la que impone el artículo 543-17 al franquiciador: “comunicar al franquiciado los conocimientos secretos necesarios para poder desarrollar el negocio y a prestarle asistencia técnica y comercial requerida”. La segunda obligación del franquiciador será la de tener a disposición del franquiciado el mínimo de unidades del producto o elementos de la prestación, para el normal abastecimiento del mercado (no podrá exigirse más de lo habitual para cada época o período), impidiéndose al franquiciado que solicite un suministro superior a ése, de no mediar previo aviso en un plazo razonable.

El franquiciado, por su parte, está sometido a otras obligaciones (en este caso contempladas igualmente con carácter general por la *Propuesta* para los distribuidores), como son la de disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada “para promover la máxima difusión de los bienes o servicios”, que es el fin de la operación. Por ello, como segunda obligación, debe comercializar los bienes o servicios respetando el

prestigio del franquiciador, su marca y su presentación y debe ajustarse al sistema de distribución que sea establecido por él. Finalmente el franquiciado debe llevar unos registros contables auxiliares, a añadir a los documentos contables que le sean exigidos de modo general por la legislación mercantil y contable, relativos a la actividad que constituya el objeto de la franquicia, de modo que el franquiciador pueda examinarlos, conocer su contenido y practicar las pertinentes liquidaciones. Específicamente, al franquiciado corresponde pagar la cuota y el canon de acceso estipulado, al tratarse de un contrato oneroso, en la forma pactada. Tiene la obligación negativa de abstenerse de divulgar los conocimientos secretos que le hayan sido transmitidos, lo que supondría no respetar el principio de buena fe y perjudicar las reglas de la competencia, tratándose sin duda de una conducta o práctica desleal. También deberá informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual que se produzcan en el territorio, ámbito del contrato⁹³⁰. Deberá, finalmente, obtener la aprobación del franquiciador, si pretende llevar a cabo una actividad publicitaria (tanto si se ha previsto en el contrato, como si lo es a iniciativa propia) sobre los bienes o servicios objeto del contrato. Para mantener la imagen comercial del producto o servicio –que debe salvaguardarse en todos los contratos y de similar modo- el franquiciador tendrá que dar su aprobación a la campaña, en lo que se refiere al diseño y al contenido del carácter publicitario. De esta forma no sólo se garantizará que la campaña publicitaria sea adecuada y no perjudique al proveedor, sino que se logrará una cierta homogeneidad, en todo caso beneficiosa, en las diferentes campañas de los diferentes franquiciados.

Como obligación negativa, el franquiciado ha de abstenerse de aplicar precios o llevar a cabo cualquier actuación que menoscabe la imagen de la marca

⁹³⁰ Artículo 543.17.2. *Franquicia*.

o del prestigio comercial del franquiciador que, de producirse, tendrá derecho a resolver el contrato. No podrá tampoco ceder el contrato, ni siquiera parcialmente, ni designar subcontratistas (se trataría de un ejemplo de subfranquicia) sin el consentimiento del franquiciador, aunque sí agentes u otros colaboradores sin vínculo con el franquiciador, excepción hecha de que así se haya establecido en el contrato.

b) Los pactos de exclusiva

En lo que atañe a los pactos de exclusiva se limitarán éstos a los bienes o servicios y al espacio geográfico. En este caso es imprescindible delimitar el área o la zona asignada al franquiciado, dentro de la cual llevará cabo su actividad empresarial, tutelado y protegido por ese pacto de exclusiva. Se ha previsto en la norma (543-9) que no se haya llevado a cabo esa limitación, entendiéndose entonces, de manera muy amplia e inconcreta –y creemos que con inadecuada expresión- que abarcará la “mayor de las zonas posibles”. Se trata de una interpretación, ante la falta de concreción, extensiva, impropia a nuestro juicio del Derecho de la Competencia que no queda protegido de forma adecuada en esta concreta ocasión y en el que cualquier restricción debe ser interpretada, a su vez, restrictivamente; más aún tratándose de una excepción al principio de libertad de empresa del artículo 39 de la Constitución española⁹³¹. Al contrario, las excepciones a la exclusiva (que, lógicamente también deben ser objeto de especificación) se interpretarán restrictivamente cuando no se hayan realizado claramente, esto es, cuando admitan diversidad de significados. También aquí debemos reflexionar sobre la solución dada al hecho de que el contrato carezca de pacto sobre su duración, con lo que se considerará indefinido (al igual que si es de

⁹³¹ *Vid. la Nota Monográfica sobre el proyecto de Ley aplicable a los contratos de distribución*, CUATRECASAS, GONÇALVEZ Y PEREIRA, junio 2011.

duración determinada y se continúa ejecutando por las partes, se entenderá transformado en indefinido) y el propio Derecho de la competencia. Señala muy acertadamente PLANA PALUZIE⁹³² que éste es el caso del plazo máximo de limitación de competencia en supuestos de exención de acuerdos verticales en cinco años y, por lo tanto, también de los pactos indefinidos, cuya regulación se halla en el artículo 5.1 del Reglamento (UE) 330/2010 que desarrolla el artículo 103.3 TFUE, por lo que la exclusividad no puede extenderse automáticamente, independientemente de lo que ocurra con el contrato.

c) Finalización del contrato

El contrato de franquicia (como cualquier contrato de distribución comercial) concluirá cuando se cumpla el plazo por el que se pactó. El transcurso del tiempo opera como causa de extinción, si el contrato se pactó por tiempo determinado. No obstante, será frecuente y es propio de la naturaleza de este contrato (contrato de duración, de colaboración comercial) que el contrato se pacte por tiempo indefinido. Incluso el legislador prevé que, tratándose de un contrato por tiempo determinado, pueda continuar la actividad, la relación contractual, más allá del término del mismo, porque tácitamente las partes decidan que no se extingue, para lo que bastará con que el contrato continúe siendo ejecutado por ambas partes, transcurrido el plazo previsto. En ese caso, se transformarán (es la expresión concreta del texto legal) en contratos de duración indefinida, esto es, sin fijación del término.

En el supuesto usual, contrato de franquicia pactado por tiempo indefinido, será necesaria la denuncia unilateral para que se extinga el contrato, mediante un preaviso, que deberá ser realizado por escrito y para el que se establece el plazo

⁹³² PLANA PALUZIE, *El contrato de distribución en la Propuesta ... op.cit.*, 2014, pág. 6.

general de un mes por cada año de vigencia de contrato, hasta un máximo de seis meses. Es posible que este plazo se amplíe (no que se restrinja) por acuerdo de las partes e incluso que sean diferentes para uno u otro contratante, actuando como doble límite de esa libertad de pacto, de un lado que solo podrá ampliarse el plazo legal (de un mes por año e incluso de seis meses como máximo) y de otro, que el plazo de preaviso otorgado al franquiciado no puede ser inferior que el que se conceda al franquiciador o distribuidor. Si se trata de contratos de duración indefinida no pactada, sino por *transformación* (como se ha dicho, por el hecho de que, concluido el plazo, las partes continúan ejecutando sus respectivas prestaciones sin oposición ni denuncia de la otra) para la determinación del plazo de preaviso, se computará la duración del contrato por tiempo determinado (la duración inicialmente prevista y pactada) y se le añadirá el tiempo transcurrido desde que se produjo el contrato de duración indefinida, esto es, desde que se transformó el contrato.

Con esta simple solución legislativa, propia para los contratos sin plazo de vencimiento, podría darse la circunstancia de que la denuncia por una de las partes, que en principio podría realizar al cabo de un año de vigencia del contrato, trajese graves consecuencias a la otra, que realizó un gasto, que no ve amortizado pues lo llevó a cabo en la confianza y previsión de que el contrato tendría una duración mayor. Por ello se impide que estos contratos sean denunciados por una parte antes de que haya transcurrido un “plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato”, considerándose como tales aquellas que no puedan ser aprovechadas de un modo real para usos alternativos o que sólo puedan serlo con una grave pérdida para el inversor. Sin poder descender al contenido de cada contrato en concreto, la inversión que haya realizado el franquiciador (en el franquiciado) para el que realizó una determinada publicidad, con un gasto inicial efectivo que se esperaba recuperar en un plazo, que luego no ha llegado a cumplirse porque el franquiciado denuncia el contrato; o

la que el franquiciado debió hacer adaptando su local, separando espacios en el mismo o arrendando locales contiguos por un número de años (por exigencias de integración en la red comercial), a modo de ejemplos, que han supuesto un importante gasto del que se verá compensado con el paso de algunos años lo que, sin embargo, no llegará a producirse por el hecho de interrumpirse la relación contractual de una forma, prematura para él, por denuncia del franquiciador, es evidente que debe existir un plazo mínimo, durante el cual el contrato debe de vincular a las partes, sin posibilidad de denuncia. Ese plazo mínimo será el “razonable”, según cada caso concreto, de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato. No obstante ello, si quien denuncia el contrato ofrece el pago de la amortización pendiente de realizarse, que correrá a su cargo, sí cabrá esa denuncia unilateral en cualquier momento y operará como causa de disolución del contrato. Pero si se concluye o termina el contrato sin respetar ese plazo (ese plazo razonable que será diferente según el caso y la amortización pendiente) la parte denunciante deberá indemnizar a la otra el valor de las inversiones específicas, a modo de compensación⁹³³.

Siendo el transcurso del plazo pactado la principal causa de extinción de este contrato, con la previsión legal establecida para los contratos sin ese plazo, pueden existir otras causas de extinción como la imposibilidad de cumplimiento, muerte o incapacidad de uno de los contratantes, salvo que se haya pactado continuarlo con su causahabiente si le sucede en la explotación de la empresa, etc. También el incumplimiento de las obligaciones contraídas, supondrá la resolución del contrato, por ejemplo, como hemos señalado, aplicar precios o realizar actuaciones que supongan un menoscabo para la imagen de la marca o del prestigio comercial del franquiciador (proveedor) o, aunque no se señale

⁹³³ “Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, o por cualquier otra causa justa para la terminación”, señala el último inciso del artículo 543.22.3.

expresamente como causa de extinción, aunque es un incumplimiento del contrato, la cesión del contrato de franquicia. La parte que quiera dar por extinguido el contrato debe notificar por escrito a la otra su voluntad de rescindir el contrato, señalando la causa de la extinción. El incumplimiento, ni siquiera el incumplimiento reiterado de las obligaciones pactadas, no se ha contemplado expresamente como causa de resolución, ni se ha aclarado si, en ese caso, será necesario el preaviso⁹³⁴. Será cuando se reciba tal notificación cuando se considere extinguido el contrato. Un supuesto excepcional y especial de extinción, que deberá haberse pactado como tal en el contrato, es que cualquiera de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores⁹³⁵. Tanto si es el franquiciador como el franquiciado quienes, en situación de insolvencia, han sido declarados en situación de concurso, el contrato podrá declararse extinguido, con las consecuencias legales de tal situación al tener que separarse los bienes, en su caso, de las correspondientes masas. También podrá continuar la relación contractual, sometido ya el contrato al procedimiento concursal, si no se hubiese pactado el concurso como causa de extinción. El carácter *intuitu personae* del contrato permite el pacto señalado que se entiende perfectamente.

⁹³⁴ Al contrario de lo que sucede en el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, en el que el artículo 24 se señala que en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o de incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones contractuales podrá darse por finalizado el contrato sin preaviso.

⁹³⁵ Esa es la expresión que recoge la *Propuesta* (artículo 543.21.1), aunque insistamos, como ya se ha hecho en muchas ocasiones, en que el término legal correcto es el de “concurso” y no el de “concurso de acreedores”, como señala la Ley Concursal. Véase su Exposición de Motivos: “El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII.... No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones”.

Una vez terminado el contrato, por cualquier causa que traiga consigo esta extinción, se abre un período de liquidación del mismo. La regla general es que se adopten, por las partes, las previsiones (las decisiones, creemos que sería más adecuado o, aún mejor, que se lleven a cabo las gestiones y operaciones) que sean conformes a la buena fe, de acuerdo con las características y la naturaleza del contrato. La que puede denominarse fase de liquidación servirá para dar fin a la relación contractual y se extenderá por un plazo que se ha limitado con un máximo, debiendo considerarse qué debe hacerse con las mercancías en poder de una de las partes y con el material publicitario, que el franquiciador entregó al franquiciado al inicio del contrato. Señala la *Propuesta* que (artículo 543-23.2) que las mercancías “en poder del proveedor o del distribuidor cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente”, deben ser adquiridas, por el contratante a quien corresponda hacerlo, al precio de venta o de compra establecido en el contrato. Ciñéndonos a nuestro caso, si hay un stock de mercancías en poder del franquiciado, porque tuvo que adquirirlas necesariamente porque así se había previsto en el contrato que se va a extinguir, corresponderá a la otra parte su adquisición, con el precio que se pactó, lo que impedirá lógicamente que el franquiciado pueda seguir contratando y lucrándose con tales productos. Más difícil de comprender es el supuesto inverso: si el franquiciador ha tenido que fabricar, por acuerdo contractual, un determinado número de unidades que no podrá entregar al franquiciado por la extinción del contrato, deberá ser éste el que las adquiera. Pero entendemos que no podrá comercializarlas o no podrá hacerlo en régimen de franquicia, por lo que mejor hubiese sido fijar una indemnización en la que se tuviera en cuenta el valor de las mercancías fabricadas y el perjuicio que realmente se produjera al fabricante (o franquiciador). En lo que afecta al material publicitario que facilitó el franquiciador de modo gratuito, podrá ser retirado, a su costa, por el franquiciador en un plazo máximo de tres meses (que, a falta de otra indicación, también consideramos aplicable al de liquidación del contrato por adquisición de mercancías, al que antes nos hemos referido). De

cualquier modo, extinguido el contrato el franquiciado no podrá utilizar material publicitario alguno, aunque no se haya retirado por el franquiciador, aunque no se le entregara gratuitamente y hubiera de pagar un precio por el mismo, que pueda inducir a error sobre la posible pertenencia a la franquicia o a la red, con la cual ya se carece de vínculo contractual. Se aclara en la norma proyectada que deberá retirarse de la denominación social, del rótulo del establecimiento (como signos distintivos) y de cualquier material publicitario, cualquier indicación que sea relativa al contrato extinguido, lo cual supondría, al menos, un acto de competencia desleal y no respetaría el principio de la buena fe.

d) La indemnización por clientela

Si bien es posible que durante la duración del contrato el franquiciado haya podido generar una clientela o aumentar la que pudiese existir con anterioridad, no existe de modo general y establecido por la ley la indemnización por clientela, en el supuesto de extinción. Sí procederá ésta en el caso de que se hubiese pactado o bien en el caso de que se den alguno de los tres supuestos siguientes: “que la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes”, supuesto en exceso abierto pues no se concreta en qué casos se puede entender que el aumento de operaciones o el número de clientes es, efectivamente, sustancial, ni tampoco cuál podría ser esa indemnización; en el caso de que el franquiciado facilite al franquiciador un listado de los clientes, pues hay que entender en este supuesto que le está transmitiendo la clientela, que se valora económicamente, lo que constituirá el monto de la compensación y, a nuestro juicio, deberá pactarse por las partes el precio de la cesión y el modo mismo de transmisión de la clientela, mediante el listado del que habla la norma e incluso mediante cartas de recomendación que el franquiciado enviará a quienes han sido sus clientes. En este supuesto, el franquiciado renuncia tácitamente a hacer competencia una vez concluido el contrato. El último supuesto que supone una excepción al principio de

no indemnización o compensación por clientela, es precisamente que exista un pacto por el que el franquiciado se ha comprometido o se le ha prohibido hacer competencia tanto a su franquiciador, como al posible nuevo franquiciado. La compensación será el precio que habrá de abonar el franquiciador por el hecho de que el franquiciado del contrato extinguido se abstenga (durante un plazo máximo de un año) de dedicarse a la misma actividad y a la venta de productos o servicios similares (es evidente que no podrá hacerlo con los propios de la marca de la franquicia) en la misma zona. Habrá que estar, sin embargo, a cada caso concreto y al contenido contractual sobre esta cuestión, operando como límite siempre la buena fe.

Con todo acierto se consagra legalmente la independencia entre el proveedor y el distribuidor en este tipo de contratos⁹³⁶. Franquiciador y franquiciado son empresarios diferentes, independientes y autónomos, sin perjuicio de la existencia de una red comercial (creada por uno de ellos) y de la integración del otro en la misma. Franquiciador y franquiciado son empresarios (personas físicas o jurídicas o sociedades mercantiles), en la noción de “operador económico” que recoge la *Propuesta*. Al ser independientes, responden según las reglas generales del Ordenamiento jurídico, tanto de sus deudas como de los daños que puedan causar, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen de responsabilidad del fabricante. De igual modo serán, según cada caso, titulares exclusivos frente a terceros de los derechos y de las obligaciones que se deriven de las relaciones contractuales que existan. El hecho de estar integrado en una red comercial no supone ningún tipo de comunicación de responsabilidad ni la asunción por parte de ningún otro miembro de la red ni del creador o titular de la misma de obligación alguna atribuida por convenio o por ley al franquiciado que

⁹³⁶ Artículo 543-14.

soporta, lógicamente también, las obligaciones legales propiamente mercantiles como registro, publicidad tanto legal como privada (con los límites y en las condiciones comentadas), llevanza de contabilidad, etc. Quizás por ello la norma ha descendido a precisar que en toda la documentación mercantil que expida el franquiciado y en la publicidad que lleve a cabo, advierta de su condición de empresario independiente, aunque también tendrá que hacer mención de la red en la que está integrado.

2. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Como hemos señalado, la *Propuesta* de Código mercantil ha tenido como precedente el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, Proyecto que publicó el BOCG en 29 de junio de 2011⁹³⁷. Tal Proyecto no ha sido aprobado⁹³⁸ pero los redactores de la *Propuesta* de Código de comercio sí consideraron conveniente incluir la regulación de estos contratos en el nuevo texto general. No podemos entrar, por no considerarlo de excesivo interés y por una cuestión de simple

⁹³⁷ Que encomendó su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Industria, Turismo y Comercio. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 15 de junio de 2011, elaboró y aprobó un informe, relativo al *Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución*. Previa y posteriormente también ha habido algunos intentos de regulación del sector. En la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *Ley de modificación de la Ley 41/1999 sobre sistemas de pago y de liquidación de valores y del Real Decreto-ley 5/2005 de reformas para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, se instaba al Gobierno a aprobar y remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial.

⁹³⁸ En marzo de 2012, el Ministro de Industria, Energía y Turismo anunció la voluntad del Gobierno de no dar prioridad ni “luz verde” al proyecto de Ley de Contratos de Distribución, señalando que era preferible “dejar que las partes lleguen a acuerdos en lugar de imponer normas”. El Proyecto había sido presentado por el Gobierno en 2011, en la IX Legislatura y la nueva mayoría no continuaría su tramitación.

economía y practicidad, en el análisis detenido del Proyecto⁹³⁹, aunque sí parece necesario hacer algún comentario sobre el mismo, principalmente destacando las diferencias de su contenido sobre el de la *Propuesta* y, de modo singular, en la consideración que se hace en él de la franquicia.

Señalemos, de un lado, que la Exposición de Motivos del Proyecto reconocía expresamente: “En apenas un decenio (desde la incorporación a la Unión Europea) el tejido empresarial español se adaptó a las nuevas circunstancias. Se dio el salto del comercio tradicional a la instalación de cadenas de franquicia y distribución selectiva, grandes superficies y multacentros. Se renovaron y especializaron los mercados tradicionales... Por eso se necesita un instrumento normativo de alcance general actualizado al nuevo contexto económico y a los modelos de negocio utilizados en el mercado”⁹⁴⁰. Destaquemos,

⁹³⁹ Puede consultarse, por ser de sumo interés, el Informe que la Comisión Nacional de la Competencia (IPN 58/11) emitió sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, en el que opina sobre su contenido y realiza observaciones generales en relación con el Derecho de la Competencia y las posibles limitaciones a la libertad de empresa) junto a otras observaciones más concretas, en relación con el articulado: inclusión de un precepto relativo al cumplimiento de la normativa de competencia, principales modalidades de los contratos de distribución (proponiéndose la supresión del precepto y, en concreto, refiriéndose a la franquicia cuando dice: “En este sentido, tampoco se entiende el interés de definir el contrato de franquicia en el apartado 2.f), una vez que las redes de distribución integradas han sido definidas...), principios rectores, establecimiento de Códigos de Conducta y Sistemas de resolución de conflictos, deberes precontractuales de información (precontractuales y durante el contrato), obligación de compra mínima, ventas directas y Políticas de marca y actividad publicitaria conjunta) fundamentalmente.

⁹⁴⁰ Este Proyecto de Ley de Contratos de Distribución tiene sus precedentes: en 2006, la Sección de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección de Derecho mercantil) elaboró una Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Contratos de Distribución que no llegó a tramitarse; el Congreso de los Diputados, en sesión de 20 de marzo de 2007, aprobó una proposición no de ley con el siguiente tenor: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a analizar, con audiencia de los sectores interesados, la problemática de los contratos

por otro, que la regulación prevista en el Proyecto era más amplia que la contenida en la *Propuesta*, independientemente del número de preceptos que se dedican a la materia. El Título I, con epígrafe “Disposiciones Generales” define los contratos de distribución con un concepto más amplio⁹⁴¹ bajo el cual se comprenden varios tipos de contratos: los contratos de distribución celebrados entre proveedores con mayoristas y proveedores o mayoristas con minoristas; contratos de distribución bilaterales simples, bilaterales con repetición sistemática y acuerdos multilaterales; contratos marco para el desarrollo de actividades de comercialización por los

de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza de las pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo” fruto de la cual fue un Informe realizado por la Dirección General de Comercio Interior, remitido al Congreso en febrero de 200); en 2008 la Federación de Empresarios de Automoción (FACONAUTO) promovió una iniciativa legislativa popular para presentar una Proposición de Ley de Contratos de Distribución que no alcanzó el número de firmas de electores requerido; la Ley 1/2010 de 1 de marzo (de Reforma de la Ley del Comercio Minorista) impone un mandato al Gobierno en su Disposición Adicional Undécima para establecer la regulación del sector (“procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial”. Finalmente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó la Ley del Contrato de Agencia (Ley 12/1992 de 27 de mayo y establecía en su Disposición Adicional Decimosexta: “Hasta la aprobación de una Ley reguladora de los Contratos de Distribución, el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la presente Ley se aplicará a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales”. La Ley 7/2011, sin embargo, derogaría esta Disposición.

⁹⁴¹ Artículo 1 del Proyecto: “Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales obligaciones”.

distribuidores; y las redes de distribución⁹⁴², tras lo que se incluyen las principales modalidades de los contratos de distribución (y las exclusiones), una de las cuales será la actividad comercial en régimen de franquicia (llamado, más propiamente, contrato de franquicia en la *Propuesta*) que es la que se lleva a cabo, “en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”⁹⁴³. Concluye el Título con la elaboración de unos Principios rectores entre los que destacan: libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos, así como independencia económica y autonomía jurídica de los contratantes. Como complemento de ello se insta a las Administraciones Públicas a que promuevan la elaboración de Códigos de conducta sectoriales relativos a las normas de lealtad en la interpretación y ejecución de los contratos (lo que no ha merecido consideración en la *Propuesta*). De modo relativamente similar a la *Propuesta*, se refiere el Proyecto a la formación del contrato y a su contenido, aunque en éste se distinguen los deberes de información durante el contrato y, de manera más detallada que en la *Propuesta*, a la determinación de objetivos comerciales, obligación de compra mínima, pactos de exclusiva territorial, modificación del contrato, entre otras. Muy pormenorizadamente y creemos que de forma adecuada se regula la duración y extinción del contrato, llamando la atención el hecho de que se exija que los

⁹⁴² “En las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente. En particular las redes de distribución integradas, en las que un proveedor ejerce un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o un método operativo propio”, Artículo 1.2.d) del proyecto.

⁹⁴³ Definición similar a la contenida en la *Propuesta*, que preferimos a ésta por más completa y técnica.

contratos prevean un período de duración mínimo que sea suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, limitándose en cierto modo pero de manera justificada el principio general de libertad de pactos y la consideración que se hace de la posible indemnización por clientela, más y mejor regulada.

A) Artículo 30: “Regulación de la franquicia”

Particularmente nos interesa el artículo 30 del Proyecto: “Regulación de franquicia”. Se compone de dos números que tratan de dos cuestiones bien diferenciadas: el Registro de Franquiciadores y la información que, con carácter específico y complementario a la exigida con carácter general para todos los contratos de distribución, se requiere para la franquicia. La primera cuestión debe considerarse en la necesaria creación y exigencia de un Registro especial, el llamado registro de Franquiciadores, en el que se recogerán los datos que se fijen reglamentariamente. Cualquier empresario, cualquier persona física o jurídica en la expresión original, que quiera desarrollar en territorio español una actividad de franquicia en España, deberá comunicar su intención, con una antelación de tres meses, al Registro. También las empresas extranjeras no establecidas en España, que pretendan desarrollar su actividad de franquicia en nuestro país, deberán comunicarlo directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. No será el único Registro existente en este sector porque se establece en la norma la necesaria comunicación, mediante informaciones cruzadas entre el registro del Ministerio, citado, y el “autonómico correspondiente”. Se señala en el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores que este Registro de franquiciadores, previsto ya en el artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (y creado en 1998), se configura como un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos efectos de

información y publicidad. En dicha norma se justifica la existencia y exigencia del Registro por la conveniencia de disponer de un censo de las empresas de franquicia que actúan en España. La Disposición Derogatoria única del Proyecto de Ley no incluye entre las normas que vendría a derogar, el Real Decreto 201/2010, por lo que seguiría éste vigente, sirviendo las normas relativas al Registro de Franquiciadores del Proyecto de Ley como complemento (en su caso modificación al tratarse de una norma posterior) del contenido del mismo.

De otra parte, se fija un plazo de veinte días anteriores a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte de quien va a ser franquiciado al franquiciador de cualquier pago, para que el franquiciador, por escrito, ofrezca toda la información necesaria sobre el futuro acuerdo, las características, estructura y extensión de la red, elementos esenciales del acuerdo, identificación del franquiciador y descripción de la actividad del negocio objeto de la franquicia. Así se protege al eventual franquiciado, que dispondrá de todos los elementos necesarios para decidir libremente y “con conocimiento de causa” se señala textualmente, su incorporación a la red de franquicia. Se trata de una información reforzada que estimamos muy conveniente. Pero ello vuelve a llamarnos la atención, pues en el mismo Real Decreto ya mencionado de 2010, se reserva el artículo 3 a la información precontractual al franquiciado (y el 4 a la confidencialidad), lo que nos lleva a pensar que lo que pretendería el Proyecto de Ley, es dejar sin efecto el contenido del Real Decreto, pues trata de las mismas cuestiones, mucho mejor resueltas en el texto vigente que en el proyectado. Pero esta posible interpretación, que de mantenerse supondría una crítica a la solución adoptada, no merece mayor justificación ni análisis, dado que, resueltamente, se trata de un texto que no va a convertirse en norma y que ya ni siquiera es, realmente, un Derecho proyectado, por lo que nuestra consideración es simplemente académica.

Dos últimas reflexiones haremos sobre el Proyecto. Se destaca, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 4.1, como se ha señalado de modo incidental, la autonomía de la voluntad de las partes, de tal modo que la Ley de Contratos de Distribución solo será aplicable en defecto o ausencia de pacto. Así, la “libertad de las partes para componer libremente su relación, solo se matiza respecto a aquellas cuestiones que la experiencia señala que terminan constituyéndose en fuente de conflictos”, se dice en el número II de la Exposición de Motivos, puntualizando el precepto concreto en este sentido que los “contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos”. De otra parte, el mismo artículo 4 en el apartado 5, advierte que los contratos de distribución quedan sometidos a la normativa del Derecho de la Competencia. Resulta razonable, quizás innecesaria también, esta aclaración pero plantea algunas cuestiones que han sido puestas de relieve pues el Proyecto prohíbe obligar a la “*compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor*” (artículo 12.1) salvo en el supuesto de la distribución selectiva en los que el proveedor establezca un sistema de comercialización completo con un método operativo propio caracterizado por su marca o imagen comercial, mientras que a normativa de competencia, por su parte, autoriza las ventas vinculadas o condicionadas en cualquier contrato , siempre y cuando ninguna de las partes implicadas tenga una cuota elevada en ninguno de los mercados afectados. No nos detenemos en esta cuestión, de la que solo queremos dejar constancia, por ser ajena a nuestro interés en este momento⁹⁴⁴.

Aún habría un nuevo intento de regulación de los contratos de distribución, con base al Proyecto comentado. A ello responde una Proposición de Ley⁹⁴⁵,

⁹⁴⁴ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid 2006.

⁹⁴⁵ Vid. BOCG de 27 de diciembre de 2011.

cuyos preceptos serían de carácter dispositivo, que vendría a regular los contratos de distribución concluidos tras su entrada en vigor y las renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones producidas con posterioridad, excluyéndose de la aplicación de la norma en los supuestos de comercialización directa con consumidores y usuarios y los contratos con régimen propio (gas, agua, luz, servicios financieros y seguros, productos sanitarios y medicamentos). En esta iniciativa, que sigue en la medida de lo posible, el régimen aplicable del contrato de agencia (duración y extinción del contrato e indemnización por clientela) no prosperó. Fue presentada por el Grupo Socialista, cuando el Grupo Popular disponía ya de mayoría absoluta.

3. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

La nueva mayoría parlamentaria no continuó con la tramitación del Proyecto al constituirse la X Legislatura a finales de 2011. Tampoco parece que tuviera demasiado sentido la presentación del Proyecto en un período en el que era fácil prever que no llegaría a ser realidad o norma ante el fin de la legislatura⁹⁴⁶. Una regulación jurídica efectiva de los contratos de distribución prevista y en Proyecto de ley, no llegó a concretarse. Más aún, la Disposición adicional decimosexta de la Ley de Economía Sostenible que introduce una Disposición adicional primera en la Ley del Contrato de Agencia, para los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, quedó sin efecto (*en suspenso*) a los pocos meses de su publicación, por la disposición final cuarta de la Ley 7/2011. Una regulación de los contratos de distribución, limitada y restringida a un sector concreto, ha estado vigente durante un mínimo período de tiempo, situación que sorprende extraordinariamente, si bien el carácter de la norma era meramente provisional

⁹⁴⁶ Si bien las Elecciones Generales se anticiparon no se disponía de demasiado tiempo para la discusión del Proyecto y su aprobación, lo que podría haberse hecho, de cualquier modo, durante las dos legislaturas en las que el Partido Socialista dispuso de la mayoría.

pues regiría hasta que se aprobase la ley (ya general) para los contratos de distribución, que nunca llegó a aprobarse⁹⁴⁷. La norma provisional (y de tan escasa vigencia temporal) vino a ser una más de las que regulaban, desde algún sector o aspecto parcial, los contratos de distribución⁹⁴⁸ cuya regulación se esperaba como próxima, incluido como hemos visto, desde la propia norma positiva. .

Pero ha tenido lugar un nuevo impulso legislativo, que constituye una novedad, en principio con gran importancia y que ha provocado grandes expectativas, junto a nuevas críticas, esperanzas e incluso desilusiones, según los casos. Con fecha 29 de mayo de 2014 el Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, según la *Propuesta* elaborada y presentada al Ministro por la Comisión General de Codificación, a la que nos hemos referido⁹⁴⁹. En lo que

⁹⁴⁷ *Vid.* FAISÁN RUIZ, P., “La nueva regulación de los contratos de distribución de vehículos”, www.cuatrecasas.com, *Derecho mercantil*, págs. 72 y ss.

⁹⁴⁸ Junto a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de noviembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertada; el Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y el Reglamento (UE) 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor), entre otras.

⁹⁴⁹ De 1726 artículos, un Título Preliminar y siete Libros, que recoge una legislación común para todo el territorio nacional, en sintonía con la de otros países, que recupera la igualdad de todos los operadores del mercado. El Libro Quinto se dedica a los contratos mercantiles en particular.

se refiere a los contratos que regula este texto, puede indicarse que “incluye un amplio número de contratos mercantiles que se celebran habitualmente en el tráfico económico para impulsar la seguridad jurídica a través del establecimiento de un régimen jurídico previamente conocido. No obstante, algunos se regulan por primera vez a nivel legislativo, como los financieros o los de prestación de servicios informáticos”⁹⁵⁰. Nada se dice sobre los contratos de distribución, que en la *Propuesta* sí fueron una importante novedad, porque sencillamente no se han incluido en el nuevo texto. Quizás haya que considerar que debieran incluirse en la referencia que se hace⁹⁵¹ por parte de los Ministerios que presentan el texto del Anteproyecto: “Además, se mantiene la posibilidad de considerar como mercantiles, en virtud del principio de libertad de pactos, otros tipos contractuales que se producen en el mercado. A esos contratos atípicos se les aplicarán las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general previstos en el Libro cuarto del Anteproyecto”. La presión del sector puede haber sido una de las causas de supresión de la regulación que se hacía en la *Propuesta* y que motivó que, desde diversos sectores, se advirtiera que el nuevo Código mercantil ponía en peligro el sector de la distribución en España⁹⁵². Una vez remitido al Congreso el texto será *Proyecto de ley* y se iniciará la tramitación parlamentaria para que (en opinión y deseo del Ministro de Justicia –ya ex ministro–), sea ley vigente en 2016, posibilidad que dadas las actuales circunstancias político-legislativas se nos antoja difícil. La oportunidad de regular unos contratos atípicos de tan capital importancia en la economía, los de distribución, piezas clave, en efecto, del comercio y del mercado actual (tanto nacional como internacional) se ha desaprovechado o,

⁹⁵⁰ Como se advierte en la *Nota de Prensa* del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014, pág. 7.

⁹⁵¹ *Ibidem*.

⁹⁵² Cfr. *Noticias de Economía*, <http://bit.ly/1Gbahyp>

deliberadamente, se ha dejado pasar por la razón que sea. Es cierto que la Unión Europea no ha exigido una norma sobre estos contratos –y esa pueda ser la razón que se aduzca para justificar la desaparición de los preceptos que dedicaba la *Propuesta* de Código, elaborada por técnicos juristas- pero no sería suficiente justificación pues no sólo hay ordenamientos que sí disponen de ella, sino que la necesidad de disponer de un texto legal es evidente en todos los ordenamientos y mercados y, desde luego y por supuesto, en el español. La importancia de la Jurisprudencia y de sus decisiones aumentará, por tanto, al ser necesaria su intervención en los conflictos que surjan entre los intervinientes en estos contratos y de nuevo será la creadora de conceptos, delimitación de contenido obligacional y límites a la libertad de pactos. Con cierto pesimismo en nuestra reflexión pues, a nuestro juicio, la regulación jurídica de los contratos de distribución era y es necesaria, urgente e inaplazable, advertimos sobre la ausencia de referencia alguna en el nuevo texto proyectado. No creemos que en una discusión y trámite parlamentario, aún por venir y con una perspectiva que difícilmente puede aventurarse, vaya a incluirse lo que se ha suprimido sin mayor explicación. Tampoco que el Proyecto de ley específico abandonado, de modo especial cuando se presenta la *Propuesta* que es recibida con tanto júbilo, al menos por un sector de la doctrina, vaya a ser recuperado o que se vaya a elaborar uno nuevo. A pesar de que se haya pensado lo contrario hasta fechas bien recientes⁹⁵³, los contratos

⁹⁵³ El profesor BERCOVITZ señalaba, como novedades más significativas que, “entre los más de 1.900 artículos que integran este nuevo Código, dividido en siete libros y un título preliminar, se han introducido materias que hasta ahora quedaban fuera de la regulación legal. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los contratos electrónicos, turísticos, de distribución o financieros mercantiles que no estaban respaldados por una ley”. Las palabras del Ministro de Justicia: “La aparición de nuevas figuras jurídicas y nuevas fórmulas mercantiles que necesitaban también una regulación legal es otra de las razones para crear un nuevo Código”, también animaban a considerar que la regulación de estos contratos iba a ser una realidad. Pero ya advertía que “esta *Propuesta* y las valoraciones que lleguen al Ministerio desde diversos ámbitos de la sociedad servirán al Gobierno para presentar su proyecto”. Y han debido ser muchas las

de distribución y, refirámonos al que es objeto específico de nuestra investigación, el contrato de franquicia, no va a dejar de ser un contrato atípico, para el que se solicita una regulación específica vista esta omisión injustificada⁹⁵⁴. Si la redacción prevista en la *Propuesta* suponía un avance en el tratamiento de los problemas del sector de la distribución, como acertadamente señala ESPARANZA⁹⁵⁵, con normas para protección del contratante más débil, protección que se hacía necesaria, la supresión de estos 24 artículos en el texto actual, nos parece un retroceso y hasta un error.

El Derecho vigente en la materia, aunque fragmentario e incompleto, lo concommemos y a él nos hemos referido y remitido en este trabajo: sobre el Derecho proyectado, sin embargo y a pesar de todo lo dicho, no podemos establecer ni un simple diseño sobre el mismo pero sí puede mantenerse que la regulación del contrato de franquicia –necesaria, insistimos, inaplazable desde hace tiempo y más aún en este tiempo en el que este contrato es una respuesta a las nuevas tendencias y necesidades del mercado, no parece que esté próximo o que esté concebido, al contrario, por parte del *legislador* español.

valoraciones negativas que hayan llegado sobre la regulación –no sobre una concreta regulación- sino sobre la regulación en sí misma sobre estos contratos, para que se haya hecho desaparecer la existente. *Cfr. Nota de Prensa del Ministerio de Justicia* de 20 de junio de 2013, pág.3.

⁹⁵⁴ En opinión de EMPARANZA, A., “Los contratos de distribución: ¿una laguna en el anteproyecto de código mercantil?”, *Legaltoday.com*. 13 de junio de 2014, opinión que compartimos.

⁹⁵⁵ *Ibidem*.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL “MODUS
OPERANDI” Y EL VALOR DE LA FRANQUICIA

Tras lo expuesto, conviene hacer unas reflexiones últimas, a modo de conclusiones, que faciliten una consideración general de nuestro trabajo y nos sirvan de iniciativa o de acicate y estímulo para proseguir nuestra investigación (que nos proponemos continuar) en esta materia que nos preocupa. Deben añadirse a las propuestas y consideraciones globales y generales que se han ido haciendo a lo largo del texto en los diferentes capítulos.

Primera: El negocio de franquicia en el mercado

En períodos de crisis económica se crean nuevos modelos de negocio y es necesario que se amolden algunos de los existentes a las nuevas circunstancias y exigencias del mercado. Entre éstos, puede citarse el contrato de franquicia. Nacida la franquicia como un sistema de descentralización de actividades empresariales, mediante el establecimiento de redes de distribución, en los últimos tiempos ha experimentado un crecimiento y perfeccionamiento e impulso ciertamente espectaculares, no sólo como un tipo de contrato de distribución, sino como un nuevo sistema de comercialización, estrategia de marketing por parte de las empresas y vía de creación de empleo -y de autoempleo- en el desarrollo de la actividad económica que contribuye a la modernización del comercio, en un mercado con unas nuevas tendencias (entre las que debe citarse, de modo singular, la internacionalización que da lugar a mercados más abiertos y el fenómeno de la globalización, también económica) y con unas nuevas necesidades (principalmente de ahorro de costes por parte de los agentes económicos y de descentralización de las actividades empresariales sin que ello suponga necesariamente mengua ni disminución de beneficios). De este modo, la franquicia es empleada como una estrategia de distribución de integración vertical moderna, proyectada mediante técnicas contractuales, frente a la integración vertical tradicional.

El modelo contractual ha de encontrar la fórmula de defensa de los derechos (y de consagración de los deberes) de los contratantes, que ha de conducir a una nueva y más adecuada organización de la sociedad y de la Economía. Se confía la explotación de un negocio -de una red- por parte de un empresario a otro diferente. El empresario organizado y consolidado, titular de una marca, aprovecha la oportunidad que le ofrece la franquicia para expandir su actividad y su propio negocio en nuevos mercados, a veces muy alejados, mediante la incorporación a su red de un nuevo empresario, independiente, que asumirá su propio riesgo y que mediante su colaboración, a la vez que alcanza sus propios objetivos, generando unos beneficios directos para sí e indirectos para su proveedor, de cuyas técnicas comerciales, publicidad, productos, etc., se sirve a su vez.

Como consecuencia de lo indicado, debe señalarse la existencia no solo de una multiplicidad de franquicias, en constante evolución y con muy diferenciados perfiles, sino también la aparición de nuevos modelos contractuales próximos a la franquicia. Ello reclama la configuración de un contrato, con sus límites y caracteres, que defina y precise, aunque sea con carácter mínimo, las obligaciones de franquiciador y franquiciado, las partes del mismo y los intereses de competidores y destinatarios de los productos. Una multiplicidad de normas, de variado carácter, será de aplicación, por ello, a la franquicia, actualmente.

Segunda: El negocio de franquicia como modelo empresarial

Junto a las formas de comercio tradicionales –comercio independiente, comercio asociado y comercio integrado-, que dará lugar en algunos casos a nuevas organizaciones estructurales, hay que añadir, con sustantividad propia, el comercio de distribución y, en él, la franquicia que une a los empresarios, no en virtud de meros acuerdos, pactos o relaciones de puro hecho, sino en base de un contrato que les vincula y que genera obligaciones exigibles de modo concreto

para ambos contratantes. Los canales de distribución y la distribución en sí, se amplían.

El negocio de franquicia, como modelo empresarial, tendrá diversas perspectivas: la comercial, que provocará la atracción de nuevos agentes y operadores económicos; la empresarial, pues promoverá el espíritu emprendedor que se verá animado y estimulado por las facilidades que ofrecerá la inexistencia de intermediarios, la atención y satisfacción de las necesidades de los consumidores, el potencial aumento de la creación de empleo, entre otros muchos factores que servirán de motivación para franquiciar; la legal y ética, que exigirá el respeto del contratante fuerte frente al débil, aún en una relación entre empresarios,

Seguidores de la teoría de la escasez de recursos como la gran razón para franquiciar (se compensa la posible falta de capacidad de gestión o inexperiencia, con la cobertura del apoyo del franquiciador; se llega a un conocimiento del mercado local, que parecía lejano; y existe una recíproca situación ventajosa desde el orden económico pues el franquiciador “financiará” al franquiciado al aportarle su propia organización y el franquiciado a aquél aportándole unos beneficios con los que no contaba y que difícilmente podría obtener si no fuera a través de una cuantiosa y necesaria inversión al ser necesario un nuevo establecimiento o una sucursal con sus costes de creación, puesta en marcha, contratación de trabajadores, estudios de mercado, etc.) consideramos que son muchas más las ventajas que los inconvenientes para emprender y operar en el mercado, en la actual situación económica.

Frente al control periódico -y, en cierta medida, permanente- que ejercerá el franquiciador sobre el franquiciado, “que no será completamente libre o autónomo” por las limitaciones impuestas y a los costes que habrán de añadirse, como gastos, a los propios de una actividad comercial que en otro caso no existirían,

entre los que deben citarse por su importancia, los gastos iniciales, que pueden ser cuantiosos, y el abono del canon e incluso el cálculo erróneo tanto por información defectuosa o por una previsión demasiado optimista e incluso las dificultades que se darán en la elección de un buen franquiciado (o franquiciador), para ambos contratantes se derivan una serie de ventajas del modelo de negocio que entendemos lo hacen particularmente atractivo: a la versatilidad de la distribución, que ha encontrado en este modelo nuevos canales, el estímulo de la competencia económica, el desarrollo de la innovación empresarial y a la exclusividad, con sus beneficios económicos, lograda con pactos específicos y naturales de la figura, debe añadirse el acceso a una marca de prestigio por parte de quien probablemente nunca podría disponer de la misma y la expansión de dicha marca, la reducción de riesgos y de gastos (para ambos empresarios) y el afianzamiento de una alianza estratégica sólida a lo largo del tiempo. A pesar de la situación de subordinación económica, deberá lograrse un equilibrio entre la misma y la autonomía jurídica. En la franquicia hay dos empresarios autónomos que, no obstante, trabajan de una manera integrada, bajo las reglas que impone el contrato. La elección de un buen franquiciado por parte de la empresa proveedora o fabricante y el acierto en concertar un adecuado contrato determinará la conveniencia de la elección. De ser adecuado el contrato y las previsiones sobre el mismo, la franquicia debe suponer éxito

Tercera: La franquicia como contrato de nuestro entorno jurídico

De impronta norteamericana, como otros contratos de colaboración, el franchising, hoy contrato de franquicia, llegó desde el país de su creación a los diferentes países (y tímidamente a los diferentes ordenamientos jurídicos). Siendo el Derecho mercantil un Derecho con perfiles claramente internacionales y en un mundo globalizado, el desarrollo de las redes de franquicias parece no conocer fin. Grandes compañías –con ese carácter internacional- comercializan sus productos a través de sus redes de franquicia. En el entorno comunitario, a pesar de las

escasas normas en la materia, también se ha desarrollado esta figura, como ha ocurrido en España. En nuestro país, la elección de la franquicia como modelo empresarial está plenamente consolidada y desarrollada por lo que empresarios extranjeros operan en nuestro entorno. De igual modo, empresas españolas lo hacen en el exterior, con este modelo. El hecho de que, según las estadísticas que se ofrecen, sean unas 260 marcas españolas la que operan fuera de nuestras fronteras actualmente, cifra que se reparte en 118 países con un total de 19.756 establecimientos abiertos en el extranjero, siendo la moda el sector con mayor protagonismo en número de unidades, demuestra que es uno de los contratos más utilizados tanto para lograr un mayor desarrollado económico de las empresas extranjeras entre nosotros y de las españolas en otros países.

Cuarta: La franquicia como contrato singular y autónomo

La franquicia se presenta hoy día como un contrato, una nueva modalidad de contrato que da respuesta a unas necesidades, igualmente nuevas, en el mercado. En evolución permanente la contratación privada y, en ella, la contratación mercantil, la franquicia, sin dejar de ser un contrato de colaboración empresarial y un contrato de distribución, es hoy día un contrato perfectamente diferenciado, inserto en éstos, pero con perfiles propios no sólo en cuanto a las relaciones entre los contratantes, sino sobre todo, en cuanto se ha convertido en un sistema de empleo (incluso de autoempleo) y en una modalidad contractual particularmente atractiva en un momento en el que el mercado exige inversión y trabajo aunque debe evitarse un excesivo riesgo, debido sobre todo a la situación económica (mundial y española). La franquicia es ya una nueva organización estructural, también un nuevo modelo contractual que desde muy variadas perspectivas ofrece sólidos argumentos para elegirse y para llevarse a cabo como modelo de iniciativa empresarial.

A pesar de tratarse de un contrato de colaboración empresarial, si se sigue este criterio opcional en la clasificación de contratos mercantiles y, entre ellos, de

un contrato de distribución, debe distinguirse de figuras afines. No puede incluirse el contrato como un contrato de concesión –del que durante mucho tiempo consideró la doctrina que era una clase, concesión con pacto de exclusiva- y ni como contrato de agencia –algunas de cuyas normas le han sido de aplicación por disposición legal- . También es afín, pero distinto, a otras figuras que tienen por objeto, como la franquicia, la transmisión de una empresa, como el contrato de compraventa de empresa o el de arrendamiento de empresa. Existen también algunas semejanzas y afinidades con otros contratos como la venta piramidal, la licencia, la transferencia de tecnología, (del que también se consideró una modalidad o en el que se integraba) las joint venture o el contrato de trabajo. La relación de franquicia ha llegado a ser un contrato –el contrato de franquicia- autónomo y sustantivo, independiente de cualquier otro.

Su definición debe encontrarse en la doctrina, tanto nacional como extranjera, ante la dificultad que ofrecen, para poder obtener un concepto adecuado, tanto los ámbitos normativos cuyas disposiciones pueden ser de aplicación como las aportaciones de la jurisprudencia. De este modo, son varios los sectores en los que encontramos disposiciones, de distinta naturaleza, que pueden ser de aplicación: normativa objeto de la actividad; normativa sobre protección de la parte débil; normativa sobre defensa de la competencia. Igualmente, normas de carácter comunitario, estatal y autonómico. Sirvan de ejemplo las ofrecidas por la LOCM (que incidía en la cesión por parte de una empresa a otra, de los derechos de explotación de un sistema propio de comercialización), por el RD 201/2010 de 16 de febrero (que ya se refiere al contenido mínimo de esa cesión del derecho de explotación de una franquicia sobre un negocio o actividad mercantil previamente desarrollada: uso de derechos de propiedad intelectual e industrial, comunicación de conocimientos técnicos – know-how- y prestación de asistencia comercial y técnica) o la de la legislación uniforme de UNIDROIT (que pone el énfasis en la relación contractual continuada

que se dará entre las partes). Por otra parte, las definiciones que aporta la Jurisprudencia, coinciden con las de otros contratos con los que se identifica la franquicia, como el de concesión o de agencia; licencia de marca; licencia de técnicas o conocimiento que el franquiciado puede usar en su actividad en el mercado; licencia sobre cualquier clase de bienes inmateriales

Quinta: Los caracteres del contrato de franquicia

Definitivamente resuelta su inclusión entre los contratos de colaboración empresarial se entiende la franquicia, como un contrato afín al de concesión mercantil al que se añade un pacto de exclusiva en un primer momento, pero que en la actualidad es un contrato diferente, con sus propias características y que se presenta como un contrato de naturaleza mercantil, por la presencia prácticamente indeclinable de un empresario o dos en la mayor parte de los casos (aunque haya sido considerado como civil, desde un punto de vista teórico en algunas ocasiones excepcionales); mixto o complejo; consensual; autónomo; bilateral -sinalagmático-; oneroso, de duración y sin sometimiento a ninguna formalidad especial, aunque suele pactarse por escrito; normalmente de adhesión a condicionados que previamente hayan sido redactados), basado en la buena fe, e intuitu personae. Finalmente debe considerarse como un contrato en el que es necesaria una especial tutela del contratante débil, el franquiciado, que en su relación con el franquiciador ocupa una posición de subordinación.

Sexta: La (a)tipicidad de la franquicia

Diversas disposiciones legales desde principios de los años 70, han venido aplicándose a esta modalidad contractual, aunque estaban orientadas a cuestiones relativas a transferencia de tecnología y prestación de asistencia técnica a empresas españolas, alguna de las cuáles llegó a otorgarle *nomen iuris*, sin perjuicio de su sometimiento al Código de comercio y al Código civil, en la

forma prevista en la doctrina y, de nuevo, en la jurisprudencia para los contratos atípicos.

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista dedicó su Capítulo VI a "la actividad comercial en régimen de franquicia", consagrando los tres párrafos del artículo 62, que conforma el Capítulo, a la actividad de la franquicia, al contenido obligacional así como a las reglas especiales de publicidad. En la actualidad, tras el RD 419/2006, de 7 de abril, por el que se modifica el RD 2485/1998, de 13 de noviembre relativo a la regulación del régimen de franquicia, creándose el Registro de Franquiciadores, la norma de referencia es el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero cuya finalidad y propósito es establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y la regulación del funcionamiento y organización del registro de franquiciadores. Desde cualquier punto de vista, se trata de una regulación insuficiente, incompleta e inadecuada.

El Derecho comparado, y particularmente los Estados Unidos de América, país en el que tuvo su origen y primeras manifestaciones el franchising, y Francia en Europa, también lo han regulado (actualmente Italia lo regula específicamente y de un modo que consideramos apropiado y útil para nuestra consideración, en la "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale" N° 129/2004, de 6 de mayo de 2004). Las aportaciones del Derecho comparado, dispares y relativamente abundantes, que hemos sistematizado y analizado, ofrecen material bastante para conocer la realidad de los diversos Ordenamientos, para poder configurar la franquicia en sí misma y para llevar a cabo nuestra investigación con este método, que nos ofrece como reflexión y como consideración a tener en cuenta, que la franquicia está siendo objeto de atención legislativa y de regulación jurídica; el movimiento legislativo no es el de no prestar atención a la figura sino, al contrario, el de no abandonar su regulación en manos exclusivamente de los contratantes y de la autonomía privada, sino el de dictar unas reglas, mínimas siquiera sea, sobre la nueva modalidad contractual. Hemos tenido ocasión y privilegio de poder

estudiar la regulación jurídica de algunos Ordenamientos, en centros de investigación de sus correspondientes países y cerca de reconocidos investigadores y juristas, lo que nos ha proporcionado una visión y una formación mayor y más crítica (tal es el caso, especial y destacadamente, de lo que afecta al Derecho italiano, pero también al Derecho argentino, uruguayo y mexicano).

Las normas de protección de la libre competencia previstas Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del Art. 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas serán también normas de aplicación, si bien la Unión Europea no se nos antoja como especialmente preocupada por una regulación *ad hoc*.

No obstante lo señalado, seguimos considerando a la franquicia, a pesar de su tipicidad social y su reconocimiento en el Derecho comparado y las referencias concretas a la figura y al contrato en el Derecho interno, como un contrato atípico que exige una regulación jurídica propia.

Séptima : La imprescindible aportación de la jurisprudencia

La experiencia y doctrina jurisprudencial y sus decisiones son también en esta materia de capital importancia. Las emanadas de Tribunales supranacionales, y nos referimos concretamente al Tribunal de Justicia de la CEE, luego TJUE y, en menor medida, de los españoles, cumplen una función conformadora de la figura y de sus especialidades y ha servido de base, incluso, para la redacción de la vigente normativa, que, a veces, ha seguido fielmente lo propuesto por los juzgadores que han tenido que resolver sin especificar legislación a aplicar, con lo que la analogía ha cobrado gran relieve e interés.

Muchos de los pronunciamientos son indirectos. A propósito del Derecho de la competencia y del no respeto a sus reglas, se han tenido que dictar la mayor parte de la Sentencias del Tribunal de Justicia de la CEE. Los Tribunales

españoles, por su lado, lo han hecho tratando del contrato de concesión mercantil o de contratos de distribución en general o de contratos de colaboración, haciendo en algunas ocasiones muy concretas (y escasas) referencia explícita a la franquicia. No obstante ello, la riqueza de la aportación jurisprudencial (también de la llamada jurisprudencia menor) resulta imprescindible para la configuración de este contrato y a ella corresponde gran parte del mérito de su posible consideración como contrato independiente.

La actividad comercial en régimen de franquicia, desarrollada por medio de los mecanismos y procedimientos que se requieren exige, dadas las circunstancias, una actuación decidida de los Tribunales, que sin impedir el juego de la libertad contractual y de pactos, ponga límites a la misma, tutelando los intereses de los contratantes y de los terceros consumidores.

Octava: El contenido contractual de un contrato versátil

Partiendo del principio de libertad contractual, acentuado por la inexistencia de una norma concreta y completa que regule la franquicia, goza ésta de cierta tipicidad de configuración, aunque no disponga, como señalamos, de una regulación sustantiva compleja y propia. La formación del contrato, en el que se regularán los intereses privados y propios de las partes desde los tratos preliminares hasta su propia negociación será una cuestión compleja, en la que han de tenerse en cuenta los derechos y obligaciones de las partes del contrato (franquiciador y franquiciado) pero en la que no deben quedar al margen, los intereses de terceros. Por ello reclamamos, en la regulación contractual que llevan a cabo las partes, las referencias a esos terceros afectados, tanto miembros o eventuales miembros de la red como consumidores de los productos o servicios de la misma. De particular interés y significación serán las cláusulas que se incorporen al contrato, cuyo fin –más allá de disciplinar la relación jurídica- ha de pretender incentivar el esfuerzo y la dedicación del franquiciado a la gestión de su

negocio (que redundará en su propio beneficio y en el del franquiciador); limitar su habilidad e incluso sus posibilidades para imponer externalidades, en el sentido de lo indicado, que puedan perjudicar al resto de franquiciados miembros de la red; e incentivar al franquiciador a realizar aquellas actividades necesarias para mantener el valor de la marca, su marca, lo que de nuevo supondrá beneficios tanto para él como para quien con él contrató la franquicia.

Siendo un contrato de adhesión, sometido por ello a la LCGC, su contenido debe ser completo y a pesar de la exigencia para las cláusulas en este tipo de contratos de concreción y sencillez, proponemos un muy completo catálogo de éstas, que no pueden limitarse a establecer, de modo simple y esquemático, las obligaciones de las partes (transmisión del know how y de la propiedad intelectual e industrial del franquiciador, abono del canon y royalties por el franquiciado y algunas referencias al pacto de exclusiva), a la manera que lo haría una norma reguladora o que se hace en algunos contratos, lo que provoca una fuente de conflictos, sino que deben contenerse específicamente, cláusulas destinadas al modo de transmisión y aprovechamiento de la propiedad intelectual (y el secreto industrial), cláusulas sobre el precio, sobre el idioma y de otras muchas cuestiones que deben quedar resueltas en el pacto escrito: exclusividad, responsabilidad, confidencialidad, no competencia, seguro, garantías, mantenimiento del equilibrio contractual, de revisión, penales, etc. De modo igualmente detallado debe pactarse la extinción del contrato (independientemente de las causas generales), sus efectos, los períodos de denuncia y de preaviso, tratándose de contratos de ejecución continuada y de duración y la posible indemnización por clientela que, a la luz de la legislación vigente, consideramos no procede una vez concluido el contrato, aunque sería una materia a regular en una eventual futura regulación jurídica. Por ello, distinguimos entre los diferentes tipos de cláusulas: las relativas al precio y a los pagos, las que se refieren a la transmisión del know-how y la transmisión de los derechos de propiedad intelectual (e industrial), las de

exclusividad, las relativas a la publicidad y promoción y las que establecen el sistema de responsabilidad, son imprescindibles. Algunas otras convenientes. Finalmente, algunas, recomendables. Su interés decrecerá cuando exista una regulación jurídica, aunque sea de mínimos. También proponemos, de manera crítica, cuáles serán las acciones de que disponen franquiciador y franquiciado en casos de incumplimiento y el modo de su ejercicio.

Configurado el contrato de franquicia y analizado su proceso de formación, y formalización proponemos como necesario que sea por escrito, sin que quede a la voluntad de las partes, como por escrito debe ser toda la información que se facilite antes y durante el contrato.

Una nueva propuesta, no de mero carácter simbólico, es que en el contrato se incluya específicamente la indicación de que se trata de un contrato de franquicia, con precisión de su denominación, lo que si bien no determinará, simplemente por ese hecho, que estemos ante un contrato de esta naturaleza y condición, sí revelará la intención de los contratantes al celebrarlo.

No sólo por carecer de (la reclamada) regulación jurídica, este modelo, que se sustenta en los pactos y acuerdos de los contratantes, la mayor de las veces impuestos y, al fin y al cabo, en la autonomía de la voluntad de las partes puede conformar el contenido contractual con total libertad y sin sujeción a unas normas rígidas. Ello lo hace particularmente atractivo. Pero la versatilidad no sólo proviene de esa circunstancia, sino que se trata de un contrato válido en muy numerosos sectores de la contratación. (Agencias de viaje, alimentación, consultorías, publicidad, automóvil, hostelería, salud, tiendas y servicios especializados, telefonía y telecomunicaciones, transportes, vending) y va alcanzando a otros muchos, a cuyas necesidades y requisitos se va acomodando igualmente.

Novena: La consideración de los derechos inmateriales

También deben merecer una protección y tratamiento especial, los bienes inmateriales que se insertan en este contrato: el know how, cuya delimitación conceptual es necesaria y nosotros aportamos, la propiedad intelectual, en el más amplio sentido (incluyendo, por ello, la propiedad industrial) adquiere destacado interés en este contrato. Si de una parte la franquiciada se beneficiará del prestigio de la marca, habrán de concretarse las obligaciones de ésta para conservar tal prestigio, por lo que el abono del canon no podrá ser la única obligación en esta materia, sino que será precisa una conducta activa, dirigida a la conservación del valor de los bienes inmateriales entregados o cedidos (además de los objetos), que se concretará en el cumplimiento de otra serie de obligaciones que supongan la verdadera explotación del negocio.

Décima: La necesaria protección del consumidor

El hecho de que el contrato de franquicia sea un contrato de colaboración empresarial y, por ello, un contrato entre empresas no impide que se reclame una tutela –no solo general- sino específica y rígida para el consumidor. Consideramos que las relaciones de éste con la empresa franquiciada, que serán las relaciones del contrato de compraventa (o de prestación de servicios) quedan sometidas, lógicamente, a las disposiciones generales protectoras de consumidores y usuarios y, de modo concreto y específico, a las contenidas en el Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y usuarios de 2007 (modificada por Ley 3/2014, de 27 de marzo). Sin duda alguna también queda protegida por las normas sobre responsabilidad del fabricante. Pero entendemos que la protección del destinatario final del producto o servicio debe ser reforzada sin que pueda diluirse la misma en el hecho de que se trate de un contrato de distribución. Por ello se proponen nuevos mecanismos de tutela.

Undécima: La aportación de los organismos profesionales a la configuración del contrato

Ante la insuficiencia legislativa y el peligro de dejar en manos de los agentes, exclusivamente, la elaboración de los contratos, sujetos siempre, sin duda, a las reglas generales sobre los mismos, debe advertirse de las reglas que emanan de las asociaciones y federaciones nacionales e internacionales de franquicias, que se han creado para gestionar y defender los intereses del sector y que, con sus decisiones, favorecen la integración del contrato y coadyuvan a la fijación de su contenido y sus límites. Sirva como ejemplo el Código Deontológico de la Federación Europea de la Franquicia, EFF (que se incorpora como Anexo). La EFF, en la que se integra un Comité Jurídico y un Comité de Arbitraje, elaboró y publicó un Código, como manual de buenas costumbres y buena conducta a seguir por los usuarios de la franquicia en Europa que, naturalmente, no trata de sustituir los derechos nacionales (ni las reglas comunitarias).

Su principal aportación, en lo que nos interesa, es que ofrece una muy completa definición de la franquicia, cuyos principios rectores se enumeran como obligaciones de los contratantes, insistiendo de modo destacado sobre la claridad y veracidad que debe presidir la pre-negociación (y, en ella, la fase publicitaria), la negociación en sí y en la misma selección de los franquiciados. Consagra uno de sus números al contrato de franquicia –para el que no exige pero da por supuesta la forma escrita y en la lengua oficial del país en el que el franquiciado esté establecido- con sus principios, contenidos y condiciones. También hemos de considerar y valorar muy positivamente las definiciones que ofrece de algunos de los conceptos que se incluyen de manera necesaria en el contrato. En un anexo al Código, se desarrolla todo su contenido.

Es este Código, y de igual manera puede decirse de otros Códigos nacionales y regionales en esta materia, aunque en distinta y menor medida, un

importante y necesario referente, práctico y útil, para la redacción del contrato de franquicia, que es su principal objetivo, pero también para, a través de sus postulados, conocer el mismo contrato en sí. El Derecho mercantil se desarrolla y unifica de esta forma con la actuación y actividad de organizaciones profesionales.

Duodécima: Derecho de la competencia y contrato de franquicia

La mayoría de los modelos de organización económica existentes en el mundo occidental contemporáneo, encuentran en la competencia, un factor imprescindible para la protección y el desarrollo de la libertad de comercio y de industria, y para propiciar el mejoramiento de la eficiencia del mercado. En este sentido, en el Derecho Comparado se han consagrado, tanto a nivel nacional como comunitario, soluciones normativas con la finalidad de garantizar y defender a la competencia de las diversas prácticas restrictivas y de los abusos derivados de las posiciones de dominio.

Más allá de las diferencias cualitativas y cuantitativas de regulación, tanto en el derecho nacional como en el del derecho comparado, entendemos que no existe un conflicto apriorístico entre la franquicia y la libre competencia. Aunque sí nos podemos plantear, hasta donde está el límite de imposición de condiciones lícitas por parte del franquiciador, o las posibles injerencias que puede realizar el mismo –franquiciador-, en la actividad de su franquiciado. Para solventar dicha cuestión hemos de ir al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual regula en el Capítulo I, del Título VII, “las normas del Derecho de la competencia”, y en concreto, en su apartado 1º del artículo 101 del TFUE, prohíbe entre otras prácticas; la fijación directa o indirecta de precios, la limitación o el control de la producción, y la aplicación a sus distintos contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Sin embargo, en virtud del apartado tercero del mismo artículo, estas prohibiciones pueden ser declaradas inaplicables; y en tal sentido, aparece la nueva regulación, con el Reglamento

330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, concretando –y aclarando-, que las prohibiciones del artículo 101 apartado primero, no se aplicarán a los "acuerdos verticales", entre los cuales se incluyen los contratos de franquicia.

Deducimos que el citado Reglamento europeo -y así creemos-, parece conceder al franquiciador la facultad de imponer al franquiciado los precios de venta, la contratación del suministro de sus productos o servicios a un determinado proveedor, e incluso la decisión sobre los productos que deban reponerse en tienda.

Es frecuente de la misma manera, que los contratos de franquicia incluyan cláusulas de inaplicación de prohibiciones de derecho de competencia debido a que con frecuencia, la elaboración del contrato la realiza de manera unilateral el franquiciador, sin permitir al franquiciado grandes posibilidades de negociar sus condiciones. Esta inaplicación de las prohibiciones no es sin embargo absoluta, sino que el propio Reglamento 330/2010 de la Comisión, contiene una serie de "restricciones que retiran el beneficio de la exención" , entre las cuales destaca la restricción de la facultad de imponer al franquiciado los precios de venta -sin perjuicio de que el proveedor, o en este caso, el franquiciador, pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo-; destaca también, la restricción del franquiciador de la facultad de control sobre las ventas que realiza el franquiciado a los usuarios finales; y por último, la prohibición de impedir al franquiciado vender las marcas de determinados proveedores competidores. Deducimos que en supuesto que el franquiciador, se extralimite en sus facultades de control sobre la empresa franquiciada, la sanción jurídica sobre el contrato que une ambos, sería la nulidad de pleno, por lo que creemos que ha de evitarse en todo caso, la inclusión de cláusulas en el contrato de franquicia que supongan excesivas injerencias en la actividad empresarial del franquiciado.

Con este nuevo Reglamento y sus Directrices de Verticales, no se ha modificado el cambio histórico de enfoque en la postura de la Comisión del anterior Reglamento, sino continuando con su línea, se persigue fundamentalmente, modificar dos aspectos concretos de la normativa sobre restricciones verticales, para poder responder adecuadamente a dos fenómenos estructurales que se habían observado tras los diez años transcurridos desde la aprobación del derogado Reglamento del 2000: en primer lugar, los cambios en la estructura de los mercados de distribución comercial -caracterizado por un incremento del poder de mercado de los grandes distribuidores-, y en segundo lugar, el creciente fenómeno de las ventas por internet

Igualmente, desprendemos de la investigación, que los contratos de franquicia, al ser analizados a la luz de las normas del derecho de la competencia, no pueden verse afectados por políticas de competencia tanto desde posturas altamente formalistas como de un excesivo intervencionismo del Estado en cuanto al control de las conductas anticompetitivas. Las normas no deben ser ajenas ni estar alejadas de la realidad económica, de tal forma que obliguen a los empresarios a adaptar sus acuerdos a las condiciones de tales normas, en detrimento del dinamismo de los contratos y, por ende, la imposibilidad del desarrollo de nuevas figuras de distribución. Las normas de competencia no pueden conducirnos a una pérdida de flexibilidad en las negociaciones entre los operadores económicos a la hora de elaborar o estructurar los contratos de franquicia, ante la duda de incluir determinadas cláusulas que podrían actuar beneficiosamente en el aspecto competitivo.

Por ello creemos, que las políticas de competencia deben conciliar criterios jurídicos con un análisis económico del impacto que realmente producen dichos acuerdos en el mercado. No se debe ignorar el poder del mercado como elemento fundamental para valorar los efectos anticompetitivos del contrato de franquicia.

Será necesario, estudiar cada caso concreto, a efectos de determinar la legitimidad o ilegitimidad de las restricciones a la competencia en las que se pueden incurrir. Un indicio muy importante que podremos utilizar para averiguar si la competencia ha sido eliminada, es el canon, el grado o intensidad de competencia existente, bien entre las propias partes, o bien la que procede de otras empresas.

Décimo tercera: La solución de los conflictos de franquicia por nuevos sistemas

Las posibles desavenencias entre las partes en el contrato de franquicia durante la concertación del contrato, la vigencia de éste y tras su extinción, pueden ser resueltas por vías alternativas a la actuación de los Tribunales y Juzgados. El arbitraje y la mediación de este modo, pero también otros métodos (como los sistemas de conciliación o la creación de figuras especializadas) se revelan como particularmente útiles en este contrato, en el que ambos contratantes son empresarios y, por su propia función y actividad, prefieren mantener relaciones duraderas que a ambos benefician pues para unos suponen el propio negocio y para otros la difusión de sus productos y, por ello, el aumento de sus ventas y el desarrollo del mismo. La nueva Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles supone un apoyo decisivo para la elección de estos métodos y el sometimiento a los mismos. También el arbitraje (reclamado en algunos textos prelegislativos) permitirá la evaluación de daños, fijación de valoraciones, de manera singular en el proceso de liquidación, pero también en cualquier momento de la relación contractual.

Proponemos como vía prioritaria para la resolución de conflictos el arbitraje y la mediación, bien por su incorporación a los contratos como cláusulas a las que expresamente se someterán los contratantes, bien porque pueda determinarlo de este modo una futura norma. Igualmente proponemos organismos y figuras de mediación y arbitraje profesionalizados y específicos que consideramos más

beneficiosos y útiles, en línea con las más recientes experiencias. Ello ayudará también pero no es el objetivo principal de nuestra propuesta, a la mejora y descongestión de la actividad de los órganos judiciales y jurisdiccionales tradicionales.

Décimo cuarta: La aplicación del contrato de franquicia a nuevos ámbitos empresariales

Nuevos ámbitos en un proceso que parece no tener fin, nuevas líneas de actuación y nuevos sectores, se han acercado a la franquicia (o ésta a los mismos) con un notable éxito comercial, pues se alcanza el objetivo prioritario y propio de comercialización de productos y servicios y de desarrollo económico e industrial de los empresarios. La franquicia ha llevado no solamente modelos de negocio a través de sus productos, servicios y conceptos comerciales a prácticamente todo el mundo, sino que ha difundido culturas y estados de vida que, tarde o temprano, terminan por ser aceptadas y adoptadas por otros mercados como propios

En nuestra reflexión de la franquicia en el deporte, de recientísima aparición, creemos (y así aportamos) que la organización de las competiciones deportivas, requieren de reglas tendentes a promover la constitución de plantillas deportivas igualadas (o al menos, más equiparadas), o lo que es lo mismo, precisa la intervención conjunta sobre la asignación de recursos humanos entre las entidades deportivas, más aún cuando el potencial económico de éstas, y en consecuencia su capacidad de atraer y contratar a los mejores deportistas, es dispar. En este sentido creemos que el sistema de franquicia podría aportar beneficios indiscutibles para todos los operadores económicos implicados en dicho mercado, aún no aplicada en sentido estricto, pero quizás con algún tipo de fórmula híbrida (como las que concretamos), que hagan que la aplicación de este modelo de negocio, no ya que resuelva los problemas económicos de las personas ni de los clubs ni de los equipos deportivos, ni mucho menos que sea la

única forma de desarrollarse en el mundo económicamente cambiante al mundo en que vivimos, pero sí, hoy por hoy, son una excelente opción para hacer negocios (y crear cultura deportiva) como hemos observado, incluso en el terreno deportivo. Las medidas a adoptar deberán tener un alcance general, comprensivo al menos de las Ligas europeas de primer orden, ya que en un mercado de trabajo deportivo cada vez más globalizado, carece de sentido confinar las soluciones a compartimentos estancos. Y aquí, el papel promocional de la UE adquiere una importante dimensión, a la hora de impulsar y consolidar a los agentes sociales europeos del sector deportivo, acelerando el actual proceso de Diálogo Social abierto entre los distintos operadores económicos y deportivos.

Igualmente con las propuestas que realizamos en el sector de la hostelería, y la franquicia en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs), se concreta en una previsión de futuro del nuevo modelo.

Por lo tanto,

Décimo quinta: La construcción definitiva de la figura. Nuevos intentos reguladores

Si el Derecho mercantil, como se ha señalado por nuestra mejor doctrina, más que un derecho que "es" es un derecho que "está siendo", es un Derecho in fieri, en continua transformación, esta figura de la franquicia se reguló, en cierta medida, con la publicación del Reglamento de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, con la específica aunque parcial e insuficiente del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores y, de modo indirecto y tangencial, por otras normas (que hemos indicado, en la medida en que corresponde, en nuestra investigación) , siéndole de aplicación las reglas generales de los contratos, del Código de comercio y del Código civil y otras normas generales (como la Ley de Condiciones Generales de

la Contratación o el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando procede).

El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, en el que se regulan los diferentes aspectos de este tipo de contratos y, de modo específico, los que son de aplicación a la franquicia, fue abandonado, sin proseguir su trámite legislativo. De este modo se hubiese culminado la tarea de perfilar los contornos jurídicos de esta figura y su inserción en el Derecho mercantil, en el en el derecho del Mercado, en el que uno de los elementos, imprescindibles, acaso el de mayor interés, es la libre y leal competencia de los sujetos del mismo y, desde luego, en el derecho de los consumidores, destinatarios últimos de los productos comercializados por las empresas franquiciadas, a los que corresponde un haz de derechos (y de medidas de tutela) frente a la empresa que les venden esos productos o les prestan los correspondientes servicios y las empresas franquiciadoras, fabricantes por regla general de los mismos.

En 2013, el Ministerio de Justicia recibe la Propuesta de Código mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho mercantil). En ella se dedica un Capítulo (el III) del Libro Quinto, a los contratos de distribución con disposiciones generales para todos ellos y otras específicas relativas a la conclusión y contenido del contrato, así como sobre su extinción. Sobre las mismas, con las reservas mantenidas en este trabajo y las críticas concretas efectuadas, manifestamos nuestro acuerdo en términos generales. También sobre las disposiciones que se han dictado para algunas modalidades contractuales, como la franquicia, ciertamente escasas. No obstante, entendemos que se trata de un texto necesario y válido.

La Propuesta de Código mercantil ha sido sustituida por el Anteproyecto de Código mercantil (en mayo de 2014) para iniciar su tramitación parlamentaria. Sin ninguna justificación ni explicación, el capítulo referido a los contratos de distribución ha sido suprimido por completo del texto. Deja de estar prevista de este modo, la regulación jurídica de estos contratos y, en concreto, del contrato de franquicia.

Reclamamos esta regulación, como inaplazable, en los términos que la habían recogido los textos prelegislativos (Proyecto de Ley y Propuesta) y teniendo en cuenta la experiencia de otras normas en el entorno comunitario, en los nuevos derechos de otros ordenamientos más modernos y siguiendo las recomendaciones de Unidroit. La autonomía de las partes, fuente de las obligaciones, no puede ser el único marco del contrato de franquicia. Tampoco lo son las reglas generales sobre las obligaciones y contratos y las tuitivas de los derechos de los consumidores. Este contrato entre empresas (que posiblemente pueda considerarse como ese “tercer contrato” del que trata la mejor Doctrina), con sus normas propias por ello, reclama un texto legal mínimo para el que ofrecemos algunas propuestas.

Dopo quanto esposto, è opportuno realizzare alcune riflessioni finali, a mo' di conclusione, che offrano delle considerazioni generali sul nostro lavoro e siano di iniziativa, di incentivo e di stimolo per proseguire la nostra ricerca in questa materia. Queste conclusioni si devono aggiungere alle proposte e alle considerazioni globali e generali che si sono fatte nei vari capitoli del testo.

Primo: Il franchising nel mercato.

Nei periodi di crisi economica si creano nuovi modelli di negozi giuridici ed è necessario che alcuni di quelli già esistenti si adattino alle nuove circostanze e alle esigenze del mercato. Tra questi si può includere il franchising. Nato come sistema di decentralizzazione delle attività imprenditoriali, mediante l'istituzione di reti di distribuzione, negli ultimi tempi ha registrato una crescita e un livello spettacolari, non solo come tipo di contratto di distribuzione, ma come nuovo sistema di commercializzazione, una strategia di marketing da parte delle imprese e mezzo di creazione di lavoro (e di lavoro autonomo) nello sviluppo dell'attività economica, che contribuisce alla modernizzazione del commercio in un mercato con nuove tendenze (tra le quali si dovrebbero menzionare, in particolare, l'internazionalizzazione che dà luogo a mercati più aperti e il fenomeno della globalizzazione, anche economica) e con nuove esigenze (soprattutto per il risparmio di costi da parte degli operatori economici e la decentralizzazione delle attività imprenditoriali, senza che ciò supponga necessariamente una diminuzione delle prestazioni). In questo modo, il franchising è utilizzato come strategia di distribuzione di integrazione verticale, moderna, rispetto all'integrazione verticale tradizionale.

Il modello contrattuale deve trovare la formula per la difesa dei diritti (e per il riconoscimento dei doveri) delle parti contraenti, che deve portare a una nuova e più adeguata organizzazione della società e dell'Economia. L'esercizio di un'attività

(di una rete) è affidato da un imprenditore ad un altro differente. L'imprenditore titolare di un marchio coglie l'opportunità che gli offre il franchising per espandere la propria attività e i propri affari a nuovi mercati, a volte molto lontani, incorporando alla propria rete un nuovo imprenditore, indipendente, che assumerà un proprio rischio e che, attraverso la sua collaborazione, oltre a raggiungere i propri obiettivi, genererà benefici diretti per se stesso e indiretti per il fornitore, delle cui tecniche commerciali, pubblicità, prodotti, ecc., si serve a sua volta.

Per questo motivo, si osserva l'esistenza non solo di una molteplicità di franchising, in costante evoluzione e con profili differenti tra loro, ma anche l'apparizione di nuovi modelli contrattuali a questa figura vicini. Ciò richiede la configurazione di un contratto, con i suoi limiti e caratteri, che definisca e precisi, anche solo minimamente, le obbligazioni dell'affiliante e dell'affiliato, le parti del contratto e gli interessi dei concorrenti e dei destinatari dei prodotti. Attualmente è, quindi, applicabile al franchising una molteplicità di norme, di diverso carattere.

Secondo: Il franchising come modello imprenditoriale.

Assieme alle forme tradizionali di commercio –commercio indipendente, commercio associato e commercio integrato–, che in alcuni casi porteranno a nuove organizzazioni strutturali, si aggiungono, essendo dotati di un proprio contenuto, il commercio di distribuzione e, nell'ambito di quest'ultimo, il franchising, che lega gli imprenditori, non in virtù di meri accordi, patti o rapporti di fatto, ma sulla base di un contratto che li vincola e genera obblighi esigibili da entrambe le parti. I canali di distribuzione e la stessa distribuzione, in questo modo, si estendono.

Il franchising, come modello imprenditoriale, assume diversi punti di vista: quello commerciale, che favorirà l'attrazione di nuovi agenti e operatori economici; quello imprenditoriale, che promuoverà lo spirito dell'imprenditore grazie all'assenza di intermediari, l'attenzione e la soddisfazione delle esigenze dei

consumatori, il potenziale aumento di posti di lavoro, solo per fare alcuni esempi; e quello legale ed etico, che richiederà il rispetto da parte del contraente forte di quello debole, nell’ambito di una relazione tra imprenditori.

D’accordo con la teoria secondo cui la scarsità di risorse è la grande ragione che ha incentivato lo sviluppo del franchising (si compensa l’eventuale mancanza di capacità manageriali o l’inesperienza con il sostegno della copertura dell’affiliante, si arriva a conoscere il mercato locale, che sembrava lontano, e vi è una situazione vantaggiosa dal punto di vista economico dal momento che l’affiliante “finanzierà” l’affiliato, apportando la propria organizzazione, e quest’ultimo conferisce al primo alcuni benefici che difficilmente avrebbe potuto ottenere se non attraverso un investimento, essendo necessario un nuovo stabilimento o una nuova succursale con i suoi costi di creazione e di mantenimento, l’assunzione dei lavoratori, le ricerche di mercato, etc.), riteniamo che sono molti di più i vantaggi che gli svantaggi per poter entrare e operare sul mercato, nell’attuale situazione economica.

Malgrado il controllo periodico (e in certa misura permanente), che esercita l’affiliante sull’affiliato, “che non sarà completamente libero o autonomo” per i limiti imposti e i costi che si dovranno aggiungere, come le spese proprie di un’attività commerciale che altrimenti non esisterebbe, ad esempio le spese iniziali, che possono essere notevoli, il pagamento del canone, il calcolo erroneo sia per informazione difettosa o per una previsione eccessivamente ottimistica e addirittura le difficoltà che comporta la scelta di un buon affiliato (o affiliante), entrambe le parti hanno una serie di vantaggi che rendono questo tipo di contratto particolarmente attraente: la versatilità della distribuzione, che ha trovato in questo modello nuovi canali, lo stimolo per la concorrenza, lo sviluppo dell’innovazione imprenditoriale e dell’esclusività, con i suoi vantaggi economici, mediante patti specifici e consustanziali alla figura, l’accesso a un marchio di prestigio da parte di chi probabilmente non avrebbe mai potuto disporre di questo, la sua espansione,

la riduzione dei rischi e delle spese (per entrambi gli imprenditori) e il consolidamento di un'alleanza strategica duratura.

L'esistenza, quindi, di una situazione di subordinazione economica fa sorgere la necessità di pervenire ad un equilibrio tra questa e l'autonomia giuridica. Nel franchising ci sono due imprenditori autonomi che, tuttavia, lavorano in modo integrato, secondo le regole che impone il contratto. La scelta di un buon affiliato da parte dell'impresa fornitrice o fabbricante e il successo per accordare un contratto ne determinerà l'opportunità. Nel caso in cui il contratto e le previsioni sullo stesso siano corrette, il franchising sarà un successo.

Terzo: Il contratto di franchising nel nostro contesto giuridico.

Dotato di un'impronta nordamericana, come altri accordi di collaborazione, il contratto di franchising è arrivato dal paese in cui è stato creato ai diversi paesi (e timidamente ai diversi ordinamenti giuridici). Essendo il diritto commerciale un diritto con profili chiaramente internazionali in un mondo globalizzato, lo sviluppo di reti di franchising sembra non conoscere fine. Grandi compagnie -con questo carattere internazionale- commercializzano i loro prodotti a livello internazionale attraverso le loro reti di franchising. In ambito comunitario, nonostante siano poche le regole in materia, questa figura si è sviluppata anche in Spagna.

Nel nostro Paese, la scelta del franchising come modello imprenditoriale è pienamente consolidata e sviluppata, per questo gli imprenditori stranieri operano nel nostro ordinamento. Allo stesso modo, imprese spagnole lo fanno all'estero, adottando questo modello. Il fatto che, secondo le statistiche offerte, siano circa 260 i marchi spagnoli che attualmente operano al di fuori dei nostri confini, una cifra che si distribuisce in 118 paesi, con un totale di 19.756 stabilimenti aperti all'estero, essendo il settore della moda quello con un maggiore protagonismo, dimostra che è uno dei contratti più utilizzati sia per favorire un maggior sviluppo economico delle imprese estere in Spagna sia per quelle spagnole in altri paesi.

Quarta: Il franchising come contratto unico e autonomo

Il franchising si presenta oggi come un nuovo modello di contratto, che risponde alle nuove esigenze del mercato e alla continua evoluzione della contrattazione privata e, con questa, della contrattazione commerciale. Il franchising, senza smettere di essere un accordo di collaborazione imprenditoriale e un contratto di distribuzione, è oggi un contratto perfettamente differenziato, inserito in questi, ma con profili propri non solo per quanto riguarda i rapporti tra le parti, ma soprattutto perché è diventato un sistema di lavoro (anche di lavoro autonomo) e una modalità contrattuale particolarmente attraente in un momento in cui il mercato richiede investimenti e lavoro, anche se si dovrebbe evitare un rischio eccessivo, principalmente a causa della situazione economica (mondiale e spagnola). Il franchising è una nuova organizzazione strutturale e al tempo stesso un nuovo modello contrattuale che da molte prospettive offre solidi argomenti per essere scelto come modello imprenditoriale.

Malgrado si tratti di un contratto di collaborazione imprenditoriale, se si segue questo criterio opzionale nella classificazione dei contratti commerciali e, tra loro, di un contratto di distribuzione, si devono distinguere figure affini. Non si può considerare il contratto come un contratto di concessione -del quale per molto tempo la dottrina ha considerato che fosse un tipo, concessione con patto di esclusiva- e neppure come contratto di agenzia -alcune delle cui norme gli sono state di applicazione per disposizione legale-. È anche affine, ma diverso rispetto ad altre figure che hanno ad oggetto, come il franchising, la trasmissione di un'impresa, come il contratto di compravendita o quello di locazione d'azienda. Esistono inoltre alcune somiglianze e affinità con altri contratti come la vendita piramidale, la licenza, il trasferimento tecnologico (di cui si è considerato una modalità o in cui si integrava), la *joint venture* o il contratto di lavoro. La relazione del franchising è arrivata ad essere un contratto -il contratto di franchising- autonomo e sostanziale, indipendente da qualsiasi altro.

La sua definizione si deve ricercare nella dottrina, sia nazionale sia straniera, dinanzi alle difficoltà di adottare un concetto adeguato che presentano sia le norme esistenti in questo ambito che gli apporti della giurisprudenza. In questo senso, sono vari i settori in cui troviamo disposizioni, di distinta natura, che possono essergli di applicazione: la normativa oggetto dell'attività, la normativa sulla protezione della parte debole, la normativa sulla difesa della concorrenza. Egualmente, ci sono norme di carattere europeo, statale e promulgate dalle Comunità Autonome.

Servano di esempio quelle offerte dalla LOCM (che incideva sulla cessione da parte di un'impresa all'altra dei diritti di sfruttamento di un sistema di commercializzazione), dal decreto regio 201/2010 del 16 febbraio (che si riferisce al contenuto minimo della cessione del diritto di sfruttamento di un contratto di franchising su un negozio o un'attività commerciale previamente sviluppata: l'uso dei diritti di proprietà intellettuale e industriale, la comunicazione di conoscenze tecniche *-know how-* e la prestazione di assistenza commerciale e tecnica) o quella della legislazione uniforme di UNIDROIT (che risalta la relazione contrattuale continuata che si realizzerà tra le parti). D'altra parte, le definizioni che apporta la giurisprudenza coincidono con quelle di altri contratti con i quali il franchising si identifica, come quello di concessione o di agenzia, la licenza di tecniche o conoscenze che l'affiliato può usare nella sua attività, nel mercato e la licenza su qualsiasi classe di beni immateriali.

Quinta: I caratteri del contratto di franchising.

Se quindi si include il franchising tra i contratti di collaborazione imprenditoriale, questo si può definire un contratto affine a quello di concessione commerciale, a cui si aggiunge un patto di esclusiva in un primo momento, ma che attualmente è un contratto distinto, con le sue proprie caratteristiche, e che si presenta come un contratto di natura commerciale, per la presenza praticamente imprescindibile di un imprenditore o due nella maggior parte dei casi (sebbene sia

stato considerato civile, dal punto di vista teorico in alcune occasioni eccezionali), misto o complesso, consensuale, autonomo, bilaterale –sinallagmatico– oneroso, di durata e senza essere soggetto a nessuna formalità speciale, sebbene si possa stipulare per iscritto, normalmente di adesione, condizionato alla previa redazione, basato sulla buona fede e *l'intuitu personae*. Infine, si deve considerare un contratto in cui è necessaria una speciale tutela del contraente debole, l'affiliato, che in questa relazione occupa una posizione di subordinazione.

Sesta: La (a)tipicità del franchising.

Diverse disposizioni di legge dal principio degli anni 70 sono state applicate a questa modalità contrattuale, sebbene fossero orientate a questioni relative al trasferimento della tecnologia e alla prestazione di assistenza tecnica a imprese spagnole, alcune delle quali arrivarono a concedergli il *nomen iuris*, senza pregiudizio della sua necessaria conformità al Codice del commercio e al Codice civile, nella forma prevista dalla dottrina e, di nuovo, nella giurisprudenza per i contratti atipici. La legge disciplinante il commercio al dettaglio (*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*) dedicò il suo Capitolo VI all’“attività commerciale in regime di franchising”, riconoscendo i tre paragrafi dell’art. 62 il suo contenuto obbligatorio, così come regole speciali di pubblicità. In questo momento, dopo il decreto regio 419/2006, 7 aprile, per cui si modifica il decreto regio 2485/1998, 13 novembre, relativo alla regolazione del franchising, che crea il Registro degli Affiliati, la norma di riferimento è il decreto regio 201/2010, 26 febbraio, la cui finalità è stabilire le condizioni fondamentali per realizzare l’attività di cessione del franchising e la regolazione del funzionamento e dell’organizzazione del Registro degli Affiliati. Da qualsiasi punto di vista, si tratta di una regolazione insufficiente, incompleta e inadeguata.

Da una prospettiva comparata, il franchising è stato disciplinato, in particolar modo, negli Stati Uniti d’America, paese in cui ebbe la sua origine e le sue prime manifestazioni; in Europa, soprattutto in Francia (l’Italia lo disciplina in modo

specifico, appropriato e utile nelle “Norme sulla disciplina dell’affiliazione commerciale” n. 129/2004, 6 maggio 2004). I diversi e importanti contributi nel diritto comparato, che abbiamo sistematizzato e analizzato, offrono un buon materiale per conoscere la realtà dei diversi ordinamenti, al fine di configurare il franchising. Inoltre, questo metodo ci permette di dedurre che il franchising continua ad essere oggetto di attenzione legislativa e di regolazione giuridica. Il movimento legislativo non è che non presti attenzione alla figura; piuttosto non abbandona la sua regolazione nelle mani esclusivamente delle parti contraenti e dell’autonomia privata, dettando delle regole, ancorché minime, sulla nuova modalità contrattuale. A questo proposito, ho avuto l’occasione e il privilegio di poter studiare la regolazione giuridica di alcuni ordinamenti, direttamente in alcuni centri di ricerca e vicino a riconosciuti ricercatori e giuristi, che mi hanno offerto una visione e una maggiore e più critica formazione (in particolare per quanto concerne l’ordinamento italiano, ma anche il diritto argentino, uruguayano e messicano).

Anche le norme per la protezione della libera concorrenza previste nel Trattato sul Funzionamento dell’UE e nel Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 de aprile 2010 sull’applicazione dell’art. 101, comma 3, del TFUE a determinate categorie di accordi verticali e pratiche concertate saranno di applicazione a questa fattispecie. Tuttavia, l’Unione Europea non si vede specialmente preoccupata per una regolazione *ad hoc*.

Malgrado la sua tipicità e il suo riconoscimento nel diritto comparato e i riferimenti concreti alle figure e al contratto nel diritto interno si continua a considerare il franchising come un contratto atipico che esige una propria regolazione giuridica.

Settima : L’imprescindibile contributo della giurisprudenza.

Anche l’esperienza e la dottrina giurisprudenziale e le sue decisioni sono in questa materia di grande importanza. Quelle emanate dai Tribunali sovranazionali,

e ci riferiamo in particolare alla Corte di Giustizia della CEE, ora Corte di Giustizia dell'Ue e, in minor misura, da quelli spagnoli, hanno contribuito a configurare questa figura e le sue specialità e hanno costituito la base anche per la redazione della vigente normativa, che, a volte, ha seguito fedelmente quanto proposto dai tribunali che hanno dovuto risolvere senza specificare la legislazione da applicare, per cui l'analogia ha acquistato grande rilievo e interesse.

Molte pronunce sono indirette. Per quanto riguarda il diritto della concorrenza e il mancato rispetto delle sue regole, la maggior parte delle sentenze in questo ambito sono state adottate dalla Corte di Giustizia dell'Ue. I Tribunali spagnoli si sono pronunciati in relazione al contratto di concessione commerciale o a contratti di distribuzione in generale o a contratti di collaborazione, facendo in alcune occasioni riferimento esplicito al franchising. Ciononostante la ricchezza del contributo giurisprudenziale (anche della cd. *giurisprudenza minore*) risulta imprescindibile per la configurazione di questo contratto e a questa va gran parte del merito della sua possibile considerazione come contratto indipendente.

L'attività commerciale in regime di franchising sviluppata per mezzo dei meccanismi e dei procedimenti che si richiedono esige, date le circostanze, un'attuazione decisa dei tribunali, che, senza impedire il gioco della libertà contrattuale e dei patti, ponga limiti alla stessa, tutelando gli interessi delle parti contraenti e dei terzi consumatori.

Ottava: Il contenuto contrattuale di un contratto versatile.

In virtù del principio della libertà contrattuale e dell'esistenza di una norma specifica e completa che regoli il contratto di franchising, questo è dotato di una configurazione tipica, sebbene non disponga, come abbiamo segnalato, di una regolazione sostanziale complessa e autonoma. La formazione del contratto, in cui si regoleranno gli interessi privati e quelli delle parti sin dagli accordi preliminari fino alla sua negoziazione sarà una questione complessa, in cui si devono considerare

i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto (l'affiliante e l'affiliato) ma nella quale non devono rimanere da parte gli interessi dei terzi.

Per questo consideriamo necessario includere nella regolazione contrattuale che realizzino le parti il riferimento ai terzi interessati, sia i membri o eventuali membri della rete che i consumatori dei prodotti o dei servizi della stessa. Di particolare interesse saranno le clausole che si inseriscono nel contratto, le quali - al di là di regolare il rapporto giuridico- devono cercare di incentivare lo sforzo e la dedizione dell'affiliato alla gestione della sua attività (che si ripercuoterà a suo beneficio e a quello del affiliante), limitare determinati comportamenti e la possibilità di imporre esternalità, che potrebbero pregiudicare il resto degli affiliati membri della rete, e incentivare l'affiliante a realizzare quelle attività necessarie per mantenere il valore del marchio, che beneficerà entrambe le parti.

Essendo un contratto di adesione, soggetto quindi alla LCGC, il suo contenuto dovrà essere completo e malgrado l'esigenza di concretizzazione e semplicità delle clausole contenute in questo tipo di contratti, proponiamo un catalogo molto completo. Queste, infatti, non si possono limitare, in modo semplice e schematico, alle obbligazioni delle parti (trasmissione del *know how* e della proprietà intellettuale e industriale dell'affiliante, abbono del canone e delle *royalties* per l'affiliato e alcuni riferimenti al patto in esclusiva), come farebbe una norma regolatrice o come si fa in alcuni contratti e che costituisce una fonte di conflitti; piuttosto si devono contenere in modo specifico le clausole destinate a definire la forma della trasmissione e dell'uso della proprietà intellettuale (e il segreto industriale), le clausole sul prezzo, sulla lingua e su altre questioni che devono essere risolte nel patto scritto, esclusività, responsabilità, confidenzialità, non concorrenza, assicurazioni, garanzie, mantenimento dell'equilibrio contrattuale, di revisione, penali, ecc..

Allo stesso modo, si devono stipulare in modo dettagliato l'estinzione del contratto (indipendentemente dalle cause generali), i suoi effetti, i periodi di

denuncia e di preavviso, trattandosi di contratti ad esecuzione continuata e di durata e il possibile risarcimento per la clientela che, alla luce della legislazione vigente, consideriamo che non procede una volta concluso il contratto, sebbene sarebbe una materia da regolare eventualmente nel futuro. Per questo, distinguiamo tra i differenti tipi di clausole: quelle relative al prezzo e al pagamento, quelle che si riferiscono alla trasmissione del *know-how* e alla trasmissione dei diritti di proprietà intellettuale (e industriale), quelle di esclusività, quelle relative alla pubblicità e alla promozione e quelle che stabiliscono il sistema di responsabilità sono imprescindibili. Altre sono convenienti e alcune raccomandabili. Il loro interesse si ridurrà quando esista una regolazione giuridica, anche solo minima. Proponiamo anche in modo critico le azioni di cui dispongono l'affiliante e l'affiliato in caso di inadempimento e il modo per il loro esercizio.

Una volta configurato il contratto di franchising ed analizzato il suo processo di formazione e la sua formalizzazione consideriamo necessario che sia per iscritto, senza che sia lasciato alla volontà delle parti, come per iscritto deve essere tutta l'informazione che si fornisca prima e durante il contratto.

Una nuova proposta, non di mero carattere simbolico, è che nel contratto si includa in modo specifico l'indicazione che si tratta di un contratto di franchising, precisando così la sua denominazione, che sebbene non determinerà semplicemente per questo che si tratti di un contratto di questa natura e condizioni, rivelerà l'intenzione dei contraenti di celebrarlo.

Il fatto di essere privo della (richiesta) regolazione giuridica non significa che questo modello, che si basa sui patti e gli accordi tra le parti contraenti, la maggior parte delle volte imposti, e sull'autonomia della volontà delle parti, possa definire il contenuto del contratto con totale libertà e senza soggezione a norme rigide. Questo aspetto lo rende particolarmente attraente. Ma la sua versatilità non proviene solo da questa circostanza, si tratta, piuttosto, di un contratto valido in molti settori della contrattazione (agenzie di viaggi, alimentazione, consulenze,

pubblicità, automobile, industria alberghiera, salute, negozi e servizi specializzati, telefonia e telecomunicazioni, trasporti, *vending*) e sta raggiungendo molti altri, alle cui necessità e requisiti si va egualmente adattando.

Nona: L'importanza dei diritti immateriali.

Meritano anche una protezione e un trattamento speciale i beni immateriali che si inseriscono in questo contratto: il *know how*, la cui delimitazione concettuale è necessaria, la proprietà intellettuale, nel suo più ampio senso (includendo per questo la proprietà industriale), acquista interesse in questo contratto. Se da un lato la parte affiliata si beneficerà del prestigio del marchio; dall'altro si dovranno concretizzare le sue obbligazioni per conservare questo prestigio. L'abbono del canone non potrà essere l'unica obbligazione da adempiere, piuttosto sarà necessaria una condotta attiva, diretta alla conservazione del valore dei beni immateriali consegnati o ceduti (oltre agli oggetti), che si concretizzerà nell'adempimento di un'altra serie di obbligazioni che permettano il vero sfruttamento del negozio.

Decima: La necessaria protezione del consumatore.

Il fatto che il contratto di franchising sia un contratto di collaborazione imprenditoriale e per questo un contratto tra imprese non impedisce che sia necessaria una tutela -non solo generale- ma anche specifica e rigida per il consumatore. Consideriamo che le relazioni di quest'ultimo con l'impresa affiliata, che saranno le relazioni del contratto di compravendita (o di prestazione di servizi) restano soggette, logicamente, a quelle disposizioni generali poste a tutela dei consumatori e degli utenti e in modo specifico quelle contenute nel Testo Unico della Legge Generale di Difesa dei Consumatori e utenti del 2007 (*Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y usuarios de 2007*).

È senza dubbio anche protetto dalle norme sulla responsabilità del fabbricante, anche se consideriamo che la protezione del destinatario finale del

prodotto o del servizio debba essere rafforzata senza che possa ridursi al fatto che si tratti di un contratto di distribuzione. Per questo si propongono nuovi meccanismi di tutela.

Undicesima: Il contributo degli organismi professionali alla configurazione del contratto.

Dinanzi all'insufficienza legislativa e al pericolo di lasciare in mano esclusivamente degli agenti l'elaborazione dei contratti, soggetti, senza dubbio, alle regole generali che li riguardano, si deve fare attenzione alle regole adottate dalle associazioni e dalle federazioni nazionali e internazionali di franchising, che si sono create per gestire e difendere gli interessi del settore e che, con le loro decisioni, favoriscono l'integrazione del contratto e coadiuvano alla definizione del suo contenuto e dei suoi limiti. Serva di esempio il Codice Deontologico della Federazione Europea della Franchigia, EFF (che si inserisce come Annesso). La EFF, composta da un Comitato Giuridico e da un Comitato di Arbitrato, elaborò e pubblicò un Codice, un manuale di buone pratiche e di buona condotta per gli utenti del franchising in Europa che, naturalmente, non cerca di sostituire i diritti nazionali (né le regole comunitarie).

Il suo principale contributo è l'elaborazione di una definizione molto completa del franchising, i cui principi rettori si enumerano come obbligazioni delle parti contraenti, insistendo in particolare sulla chiarezza e la veracità che deve presiedere la pre-negoziazione (e, in quella, la fase pubblicitaria), la negoziazione in sé e nella stessa selezione degli affiliati. Inoltre, definisce i suoi principi, i contenuti e le condizioni del contratto di franchising -per il quale non si esige ma si sottintende la forma scritta e nella lingua ufficiale del paese in cui l'affiliato si sia stabilito-. Dobbiamo poi considerare e valutare molto positivamente le definizioni che offre di alcuni dei concetti che si includono in modo necessario nel contratto. In un annesso al Codice, si sviluppa tutto il suo contenuto.

Questo Codice, come del resto succede nel caso di altri Codici nazionali e regionali in questa materia, sebbene in diversa e minore misura, costituisce un importante e necessario punto di riferimento, pratico e utile, per la redazione del contratto di franchising, che è il suo principale obiettivo, ma anche per conoscere il contratto in sé attraverso i postulati. Il diritto commerciale si sviluppa e unifica in questo modo mediante l'attuazione e l'attività delle organizzazioni professionali.

Dodicesima: il diritto della concorrenza e il contratto di franchising.

La maggior parte dei modelli di organizzazione economica esistenti nel mondo occidentale contemporaneo trovano nella concorrenza un fattore imprescindibile per la protezione e lo sviluppo della libertà di commercio e di industria e per favorire il miglioramento dell'efficienza del mercato. In questo senso, nel diritto comparato si sono consacrate, sia a livello nazionale sia comunitario, soluzioni normative con la finalità di garantire e difendere la concorrenza dalle diverse pratiche restrittive e dagli abusi di posizioni dominanti.

Al di là delle differenze qualitative e quantitative di regolazione, sia nel diritto nazionale che nel diritto comparato, intendiamo che non esiste un conflitto aprioristico tra il franchising e la libera concorrenza. Sebbene ci possiamo chiedere dove si trova il limite nell'imposizione di condizioni lecite da parte dell'affiliante o le possibili ingerenze che questi possa realizzare nell'attività del suo affiliato. Per risolvere questa questione dobbiamo andare al Trattato sul Funzionamento dell'Ue (TFUE) che regola nel Capitolo I, del Titolo VII, le "norme comuni sulla concorrenza", e in modo specifico, l'art. 101,1 c. del TFUE, proibisce tra le altre pratiche: fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita, limitare o controllare la produzione e applicare alle distinte parti contraenti condizioni ineguali per prestazioni equivalenti. Tuttavia, in virtù del terzo comma dello stesso articolo, queste proibizioni possono essere dichiarate inapplicabili. In tal senso, il Regolamento 330/2010 della Commissione, 20 aprile 2010, concretizza -e chiarisce- che le proibizioni dell'art. 101.1 non si

applicheranno agli “accordi verticali”, tra i quali si includono i contratti di *franchising*. Da ciò deduciamo che il citato Regolamento europeo -e così crediamo- sembra concedere all'affiliante la facoltà di imporre all'affiliato i prezzi di vendita, la contrattazione del somministro dei suoi prodotti o servizi a un determinato fornitore e incluso la decisione sui prodotti che si debbano collocare nel negozio.

Allo stesso modo, è frequente che i contratti di franchising includano clausole di non applicazione dei divieti posti dal diritto sulla concorrenza perchè con frequenza l'elaborazione del contratto è realizzata in modo unilaterale dall'affiliante, senza permettere all'affiliato grandi possibilità di negoziare le sue condizioni. La non applicazione delle proibizioni non è tuttavia assoluta, ma il proprio Regolamento 330/2010 della Commissione contiene una serie di “restrizioni che ritirano il beneficio dell'esenzione”, tra le quali risalta la restrizione della facoltà di imporre all'affiliato i prezzi di vendita -senza pregiudizio che il fornitore, o in questo caso, l'affiliante, possa imporre prezzi di vendita massimi o raccomandare un prezzo di vendita sempre e quando questi non equivalgano ad un prezzo di vendita fisso o minimo-. Risalta poi la restrizione per l'affiliante della facoltà di controllo sulle vendite che realizza l'affiliato agli utenti finali; e infine, la proibizione di impedire all'affiliato di vendere i marchi di determinati fornitori competitori. Deduciamo che, nel caso in cui l'affiliante ecceda dalle sue facoltà di controllo sull'impresa affiliata, la sanzione giuridica sul contratto che unisce entrambe, sarebbe la nullità di pieno diritto; per cui crediamo che si debba evitare ad ogni modo l'inclusione di clausole nel contratto di franchising che suppongano eccessive ingerenze nell'attività imprenditoriale dell'affiliato.

Con questo nuovo Regolamento e le sue Diretrici Verticali non si è modificata la posizione della Commissione nell'antioriore Regolamento, ma continuando in questa linea si cerca fondamentalemente di modificare due aspetti concreti della normativa sulle restrizioni verticali per poter rispondere adeguatamente a due fenomeni strutturali che si sono osservati dopo dieci anni dall'approvazione del

Regolamento del 2000: in primo luogo, i cambi di struttura dei mercati di distribuzione commerciale -caratterizzato da un incremento del potere di mercato dei grandi distributori- e, in secondo luogo, il crescente fenomeno delle vendite su internet.

Allo stesso modo, deduciamo da questa ricerca che i contratti di franchising, essendo analizzati alla luce delle norme del diritto della concorrenza, non possono essere pregiudicate da politiche, derivanti da posizioni decisamente formaliste e da un eccessivo interventzionismo dello Stato sul controllo delle condotte anticoncorrenziali. Le norme non devono essere estranee, nè avulse dalla realtà economica, in modo tale da obbligare gli imprenditori ad adattare i loro accordi alle condizioni di tali norme, in pregiudizio del dinamismo dei contratti e a rendere, quindi, impossibile lo sviluppo di nuove figure di distribuzione. Le norme sulla concorrenza non possono condurci a una perdita di flessibilità nelle negoziazioni tra gli operatori economici per l'elaborazione o la strutturazione dei contratti di franchising, dinanzi al dubbio di includere determinate clausole che potrebbero agire in beneficio della concorrenza.

Per questo crediamo che le politiche concorrenziali debbano conciliare criteri giuridici con un'analisi economica dell'impatto che tali accordi effettivamente producono sul mercato. Non si deve ignorare il potere del mercato come elemento fondamentale per valutare gli effetti anticoncorrenziali del contratto di franchising.

Sarà necessario studiare ciascun caso concreto, per determinare la legittimità o l'illegittimità delle restrizioni alla concorrenza nelle quali si può incorrere. Un indizio molto importante che potremmo utilizzare per verificare se la concorrenza è stata eliminata è il canone, il grado o l'intensità della concorrenza tra le altre parti e da parte di altre imprese.

Tredicesima: la soluzione dei conflitti di franchising per nuovi sistemi.

I possibili disaccordi tra le parti del contratto di franchising durante la stipulazione del contratto, la vigenza di questo e dopo la sua estinzione, possono essere risolte con mezzi alternativi all'attuazione dei Tribunali. L'arbitrato e la mediazione, ma anche altri metodi (come i sistemi di conciliazione o la creazione di figure specializzate) si rivelano particolarmente utili per questo contratto, nel quale entrambe le parti sono imprenditori e, per la loro funzione ed attività, preferiscono mantenere relazioni durature che ad entrambi beneficiano dal momento che per gli uni da ciò dipende la loro attività e per gli altri la diffusione dei loro prodotti e, quindi, l'aumento delle vendite e il suo sviluppo. La nuova legge sulla mediazione in materia civile e commerciale costituisce un elemento decisivo per la scelta di questi metodi e la conformità agli stessi. Anche l'arbitrato permetterà la valutazione del danno, la fissazione di valutazioni, in modo singolare nel processo di liquidazione, ma anche in qualsiasi altro momento della relazione contrattuale.

Proponiamo come via prioritaria per la risoluzione dei conflitti l'arbitrato e la mediazione, sia per la sua incorporazione ai contratti come clausole alle quali espressamente si sottometteranno le parti contraenti, sia perché possa determinarlo in questo modo una futura norma. Allo stesso modo proponiamo organismi e figure di mediazione e arbitrato professionalizzati e specifici che consideriamo più utili, in linea con le più recenti esperienze. Ciò aiuterà a migliorare e decongestionare l'attività degli organi giudiziari e giurisdizionali tradizionali.

Quattordicesima: l'applicazione del contratto di franchising a nuovi ambiti imprenditoriali e a nuovi settori.

Nuovi ambiti in un processo che non sembra avere fine, nuove linee di attuazione e nuovi settori si sono avvicinati al franchising (o al contrario questo ai primi) con un notevole esito commerciale. Si raggiunge così l'obiettivo prioritario

della commercializzazione di prodotti e servizi e dello sviluppo economico e industriale degli imprenditori. Il franchising non ha diffuso solo un modello di attività economica con i suoi prodotti, i servizi e i concetti commerciali in quasi tutto il mondo, ma ha diffuso culture e stadi di vita che, presto o tardi, finiranno per essere accettate e adottate da altri mercati.

Per quanto riguarda il franchising in ambito sportivo, di recentissima apparizione, crediamo che l'organizzazione delle competizioni sportive richieda regole tendenti a promuovere la costituzione di modelli sportivi simili (o al meno maggiormente equiparati) o che comunque richieda l'intervento congiunto sull'assegnazione di risorse umane tra le entità sportive, soprattutto quando il potenziale economico di queste e di conseguenza la loro capacità di attrarre e contrattare i migliori sportivi è distinta. In questo senso crediamo che il sistema del franchising potrebbe apportare benefici indiscutibili a tutti gli operatori economici, anche se non applicata in senso stretto, ma forse con alcun tipo di formula ibrida (come quelle che abbiamo specificato). L'applicazione di questo modello di negozio anche se non risolve i problemi economici delle persone né dei clubs né degli equippe sportivi, né è molto meno l'unica forma per svilupparsi nel mondo economicamente in evoluzione in cui viviamo, tuttavia è oggi un'ottima opzione per fare affari (e creare una cultura sportiva) come abbiamo osservato anche nel terreno sportivo. Le misure da adottare dovranno avere una portata generale, comprensiva per lo meno delle Leghe europee di primo ordine, dal momento che in un mercato del lavoro sportivo ogni giorno sempre più globalizzato non ha senso confinare le soluzioni a compartimenti stagni. In questo contesto, il ruolo di promozione realizzato dall'UE acquista un'importante dimensione al fine di favorire e consolidare gli agenti sociali europei del settore sportivo, accelerando l'attuale processo di Dialogo Sociale aperto tra i distinti operatori economici e sportivi.

Lo stesso succede con le proposte nel settore dell'industria alberghiera e il franchising nelle nuove tecnologie dell'informazione e la comunicazione (TICs), le quali presagiscono un nuovo futuro modello.

Pertanto,

Quindicesima: La costruzione definitiva della figura. Nuovi tentativi di regolazione.

Se il diritto commerciale, come è stato segnalato dalla nostra migliore dottrina più che un diritto che “è” è un diritto in formazione, un diritto *in fieri*, in continua trasformazione, la figura del franchising è stata regolata, in certa misura, nel regolamento sulla legge disciplinante il commercio al dettaglio (*Reglamento de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*), specificato anche se in modo parziale e insufficiente dal decreto regio 201/2010, 26 febbraio (*Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero*), con il quale si regola l'esercizio dell'attività commerciale in franchising e la comunicazione di dati al Registro degli Affiliati e, in modo indiretto e tangenziale, da altre norme (che abbiamo indicato nel nostro lavoro), essendogli a questa applicabili le regole generali in materia di contratti, del Codice del commercio e del Codice civile e le altre norme generali (come la legge sulle condizioni generali della contrattazione o il decreto legislativo 1/2007, 16 novembre, con il quale si approva il testo unico della legge generale per la difesa dei consumatori e degli utenti e altre leggi complementari, quando procede (*Ley de Condiciones Generales de la Contratación o el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*).

Il progetto di legge sui contratti di distribuzione, in cui si regolano i differenti aspetti di questo tipo di contratti e, in modo specifico, quelli che sono di applicazione al franchising è stato abbandonato. La sua adozione, invece, avrebbe permesso di definire i contorni giuridici di questa figura e il suo inserimento nel

diritto commerciale, nel diritto del Mercato, in cui uno degli elementi, imprescindibili, forse quello di maggior interesse, è la libera e leale concorrenza dei soggetti dello stesso e, soprattutto, nel diritto dei consumatori, destinatari ultimi dei prodotti commercializzati dalle imprese affiliate, alle quali spetta un insieme di diritti (e di misure di tutela) dinanzi all'impresa che vende loro questi prodotti e che prestano i corrispondenti servizi e le imprese affilianti, fabbricanti per regola generale degli stessi.

Nel 2013, il Ministero di Giustizia riceve la Proposta di Codice commerciale elaborata dalla Commissione Generale di Codificazione (Sezione di diritto commerciale). In questa si dedica un Capitolo (il III) del Libro Quinto ai contratti di distribuzione con disposizioni generali specifiche per questo tipo e altre specifiche relative alla conclusione e contenuto del contratto, così come alla loro estensione. Al riguardo, malgrado le riserve mantenute in questo lavoro e le critiche realizzate, manifestiamo il nostro accordo in termini generali, anche sulle scarse disposizioni che si sono dettate in relazione ad alcune modalità contrattuali, come il franchising. Intendiamo che si tratta di un testo necessario e valido.

La Proposta di Codice del Commercio è stata sostituita dal Progetto di Codice del Commercio (maggio del 2014) per iniziare il suo iter parlamentare. Senza nessuna giustificazione, né spiegazione, il capitolo riferito ai contratti di distribuzione è stato soppresso completamente dal testo. Non si prevede quindi più la regolazione giuridica di questi contratti e, in modo specifico, del contratto di franchising.

Si ritiene che questa regolazione nei termini in cui l'avevano prevista i testi prelegislativi (progetto di legge e proposta) sarebbe opportuna ed improrogabile, considerando l'esperienza delle norme a livello comunitario e di altri ordinamenti più moderni e seguendo le raccomandazioni di Unidroit. L'autonomia delle parti, fonti delle obbligazioni, non più essere l'unica cornice legale del contratto di franchising. Non lo sono neppure le regole generali sulle obbligazioni e i contratti e

quelle che proteggono i diritti dei consumatori. Questo contratto tra imprese (che si potrebbe considerare un “terzo contratto” di cui tratta meglio la dottrina), essendo dotato di proprie norme, richiede un testo legale minimo in relazione al quale offriamo alcune proposte.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Transformación de clubes de fútbol y baloncesto en Sociedades Anónimas Deportivas*, Civitas, Madrid, 1992.

AA.VV., "Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades" (Dir. SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona 2013.

AA.VV., *Practicum mediación* (VÁZQUEZ CASTRO, E., (Dir.) FERNÁNDEZ CANALES, C., (Coord.)), Cinzur Menor, 2014.

AA.VV., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Eds. Francis Lefébvre, Madrid, 2011.

AA.VV., *UNIDROIT, (Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004)*, 2ªed. en español, editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit, Roma, 2007, págs. 35 y 36.

AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2001.

AAVV., *Expertos en franquicia*, Edit. Mundofranquicia Consulting, 2010.

ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÁ COSTA, B., OLESTI RAYO, A., *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Ariel, Barcelona, 1998.

ADAMO, G. e BONANI, G., *Il Franchising: una formula vincente per la tua impresa. Come creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising*, FrancoAngeli, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMO, G. e CAPUTO, A., *Contratto di franchising*, Cierre, 2006.

ADAMS, J., "Franchising and antitrust in United Kingdom and European Community", *AB*, 1981.

AGUILAR GRIEDER, H., "Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, Nº1, 2009.

AGUILO PIÑA, J.F., "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", *RGD*, Nº 507, 1986, págs. 4807-4842.

ALBADALEJO CAMPOY, M.A., "La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores", *Diario La Ley*, Nº 7653, 16 de julio de 2011.

ALBADALEJO, M., *Derecho civil*, Edit. Bosch, Tomo II, Vol. I, 1997.

ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

ALBERICI, A., "Il dovere precontrattuale di buona fede", *Rass. Dir. Civ.* 1982, pág. 1901.

ALBERTARIO, E., "Della responsabilità precontrattuale", *Dir. Comm.* 1910, págs.48 y ss.

ALBIEZ DOHERMANN, K.J., "Comentario a la sentencia del TS de 31 de diciembre de 1998", *CCJC*, Nº 50, 1999, págs.693 y ss.

ALCOVER GARAU, G., "La Ley 22/2003 Concursal, de 8 de julio", *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág.44.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, H., “La responsabilidad por vicio o riesgo de los productos y servicios en el contrato de franquicia (incidencia de la ley 24.999)”, *RDPC, N° 18* (Responsabilidad contractual – II, RUBINZAL-CULZONI), Santa Fe, 1.998, pág. 309.
- ALFARO ÁGUILA- REAL, J., “Autorizar lo que está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *GJ*, N° 229, 2004.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El nuevo Reglamento de restricciones verticales, pocas nuevas aunque casi todas buenas, octubre 2009”, *Newslater- CMS Albiñana & Suárez Lezo*, 2009, pág.3
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Franchising”, *EJB*, Vol. II, Edit. Civitas, Madrid, 1995, págs. 3153-3158.
- ALFARO RODRÍGUEZ M.V., “El Know How y su aplicación práctica en el Contrato de Franquicia. Especialidad en Derecho Comercial”, *Contratación Comercial Internacional II*, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2009, pág. 33.
- ALON, I. NI, L. y WANG, R., “Internationalization of Franchising”, en *Franchising Globally*, Edit. Palgrave MacMillan, Nueva York, 2010.
- ALON, I., “The use of franchising by U.S. based retailers”, *Journal of Small Business Management*, 32 (9), 2001, págs.111-122.
- ALONSO MARTÍNEZ, I., “Criterios jurisprudenciales sobre la indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución”, en MOLINA DEL POZO, C. F. (Dir.), *Treinta años de integración Europea*, Juruá, Lisboa, 2009, págs. 553-564.
- ALONSO PÉREZ, M., “La Responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág.865.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M., *La franquicia de la "A" a la "Z". Manual para el franquiciador y el franquiciado*, LID Edit. Empresarial, Madrid, 2003, pág. 29.

ALONSO SOTO, R., "Los contratos de distribución comercial", (Cap. 61), en *Lecciones de Derecho Mercantil* (Coord. APARICIO, M^a.L.), Tomo II, 11^o ed, Civitas, Madrid, 2013, pág.187.

ALONSO SOTO, R., "Los contratos de distribución en la *Propuesta de Código mercantil*", *RDC*, La Ley, 2014.

ALTERINI, A., *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

ALTERINI, A. Y LÓPEZ CABANA, R.M., "Contratos atípicos", en *Contratación contemporánea*, Edit. Palestra, Perú.

ALTERINI, A., "Los principios de los contratos de UNIDROIT y las soluciones del derecho común", *DJ*, Buenos Aires, 1997-2.

ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *Mediación civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2013.

ANGULO RODRÍGUEZ, L., "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., (Coord.), *Derecho mercantil II*, 13^a ed., Ariel, 2009, págs. 281-298.

ANGULO RODRÍGUEZ, L., JIMENEZ SÁNCHEZ, G.J., (Coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 15^a ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO MUTIZ, P.L., NAVARRO HOYOS, J.A., GARCÍA LEGUIZAMÓN, F. y CASAS GÓMEZ, C., “Modelos de regulación jurídica de las redes sociales virtuales”, en *Revista Vía Iuris*, Nº 11, 2011 , págs. 109-136.
- ARIAS-SCHREIBER, P.M., *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo II, 3ª ed, Edit. San Jerónimo, Lima, 1988.
- ARMIJO CHÁVARRI, E., “La propiedad industrial y el derecho de la competencia”, en ORTIZ BLANCO L. y GUIRADO GALIANA, R. (Coord.), *Derecho de la competencia europeo y español: Curso de iniciación*, Vol. V, Madrid, 2004, pág. 226.
- ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Edit. Aranzadi, Madrid, 2003.
- ARRUBLA PAUCAR, J.A., *Contratos Mercantiles*, Tomo 3, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín (Colombia), 2006.
- ARRUÑADA, B., GARICANO, L., y VÁZQUEZ, L., “Contractual allocation of decision rights and incentives: The case of automobile distribution”, *Journal of Law, Economics and Organization* 17, 2001, págs. 256-283.
- ASCARELILI T., *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1970.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES., Informe 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 Y 2013, (www.franquiciadores.com).
- ASOCIACIÓN ITALIANA DE LA FRANQUICIA; ASSOFRANCHISING., Informe de la franquicia italiana, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013. (www.assofranchising.it).

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho español y presencia en otros ordenamientos*, Edit. Erandio, 1989.
- AZPARREN LUCAS, A., "Comentario a los arts. 128 a 149 TR-LGDCU", en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), Edit. Cóllex, Madrid, 2011.
- BACHES OPI, S., / RODRÍGUEZ ENCINAS, A., "El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología", *RDM*, N° 205, 2005.
- BACHES OPI, S., "La internacionalización del Derecho de Defensa de la Competencia en el Seno de la Organización Mundial del Comercio: el Final de una utopía", *RGD*, 1999.
- BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- BADENAS CARPIO, J.M., "Comentario al artículo 23 LOCM", *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BERCOVITZ), Edit. Tecnos, 1997, pág.464.
- BAENA GRACIÁ, V., "Teorías y líneas de investigación en el sistema de la franquicia: una revisión desde los años 60 hasta 2009"; *Cuadernos de Gestión*, Vol. 10. N° 2, 2010, págs. 43-66.
- BAENA GRACIÁ, V., "The Effect of Corruption on Global Franchising in Emerging Markets", *International Journal of Business and Emerging Market*, 3 (1), 2011, págs.57-74.

BIBLIOGRAFÍA

- BAI, CHONG-EH, & ZHIGANG TAO., "Contract Mixing in Franchising as a Mechanism for Public-Good Provision," *Journal of Economics and management Strategy*, Spring, Vol. 9 (1, Spring), 2000, págs. 85-114.
- BALDI, R., *El Derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*, Edit. Revista de Derecho Privado, Padova, 1988.
- BALDI, R., "*Il concessionario di vendita in esclusiva*", *I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno*, Egea, 1993.
- BALDI, R., *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè, 1992.
- BALLARINO, T., "Il Regolamento roma I forza di legge, effetti, contenuto", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, Vol. 1, Nº 1, 2009, págs. 5-18.
- BALLARINO, T., "Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I", *Rivista di diritto internazionale*, Nº 1, 2009.
- BARGALLÓ FERRER, J.M., *Responsabilidades del franquiciador frente a los proveedores, empleados y clientes del franquiciado*, Madrid, 2005.
- BARONA VILAR, S., "Solución extrajudicial de conflictos". *Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 69 y ss.
- BARONA VILAR, S., *Competencia desleal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia", *La Ley*, Nº6574, Sección Doctrina, Octubre, año XXVII, Ref. D - 225, Edit. La Ley, Madrid, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTHÉLEMY, J., "Agency and Institutional Influences on Franchising Decisions", *Journal of Business Venturing*, 26, 2011, págs. 93–103.
- BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, Edit. Paidós, Barcelona, 1998.
- BEDUSCHI, C., "A propósito di tipicità e atipicità dei contratti", *Riv. Dir. Civ.*, 1986, págs. 351 y ss.
- BELLAMY, C. y CHILE, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Edit. Civitas, Madrid, 1992.
- BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963.
- BENNATI, F., *Culpa in contrahendo, contratto e impresa*, Livraria Almedina, Milano, 1987.
- BENNATI, F., *Responsabilidade pré-contratual*, Trad Port. VERA JARDIM, A., Livraria Almedina, Coimbra, 1970.
- BENNATI, F., *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, *Contratto e impresa*, 1994.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *La aportación de derechos de propiedad industrial al capital de las sociedades anónimas. Breve referencia a esta aportación en las Sociedades Limitadas*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 274.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones", *en Asociación de profesores de Derecho civil. Centenario del Código civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pág. 309.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENÉNDEZ, A.* (Coord. IGLESIAS PRADA, J.L.), Tomo III, Edit. Civitas, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1254 Cc”, en *Comentarios al Código civil* (Coord. BERCOVITZ), Edit. Thomson-Aranzadi, 2006, pág.1497.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255 Cc”, en *Comentarios al Código civil* (Coord. BERCOVITZ), Edit. Thomson-Aranzadi, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Formación del contrato”, *Manual de Derecho civil. Contratos*, Bercal, Madrid, 2003, págs. 42-43.
- BERCOVITZ, A., (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, págs. 91-105.
- BERCOVITZ, A., “Normas sobre defensa de la competencia del Tratado CEE”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S., (Dirs), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Tomo II, Edit. Civitas, Madrid, 1986, págs. 327-480.
- BERCOVITZ, A., “Observaciones preliminares a la Ley de Marcas de 1988 (Especialmente desde la perspectiva del Derecho europeo)”, *Derecho mercantil de la C.E.E.* (Estudios en homenaje a (GIRÓN TENA, J.), Edit. Civitas, Madrid, 1991, págs. 155-185.
- BERCOVITZ, J., “An analysis of the contract provisions in business-format franchise agreements”, *Fuqua School of Business*, Duke University, Mimeo, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO VERA, J., "El marco jurídico del deporte en España", *RAP*, N° 110, 1986.

BERMÚDEZ, G., "Satisfacción y fidelidad en la relación franquiciada franquiciador", *Tesis Doctoral de la Universidad de Málaga*, 2001.

BERTOLOTTI, A., *La nozione, in Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, a cura di Cagnasso, Giappichelli*, 2005.

BESCÓS TORRES, M., "La franquicia internacional. La opción empresarial de los años noventa", en *Servicios de Estudios Económicos del Banco Exterior de España*, Madrid, 1989.

BESCÓS TORRES, M., *Factoriong y Franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Edit. Pirámide, Madrid, 1990.

BIANCA, M., *Diritto Civile*, seconda edizione, Vol. N° 3, Giuffrè, Milano, 2000.

BIANCA, C. / GIARDINA, A., "Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)", *Le nuove leggi civile commentate*, 1995, págs. 901-1127.

BIANCHI, A., "Riflessione preliminari in tema di contratti di know-how", *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella practica commerciale* (Dir.VERRUCOLI), 1978.

BINDIR, O., "Les initiatives d'UNIDROIT en matiere de franchisage: vers un systeme moderne et plus transparent de distribution des marchandises et des services", *ULR*, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- BOQUERA MATARREDONA, J., “El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único”, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), 2005, págs. 1805-1832.
- BORDONABA, V., LUCIA, L. y POLO, Y., “Análisis de la salida de mercado. Fracaso vs. abandono en la franquicia”, *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, Vol. 39, Nº 1, 2008, págs. 33-58.
- BORTOLOTTI, F., *Il contratto di franchising: la nuova legge sull'affiliazione commerciale, le norme antitrust europee*, Cedam, 2004.
- BOTANA AGRA, M., “El contrato de agencia en el Derecho español”, *DN*, Nº 30, 1993.
- BOUTARD y CHABROL, *Traité générales des fonds de commerce*, París.
- BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968.
- BRECCIA, U., “Le nozioni di típico e atípico. Spunti critici e ricostruttivi”, Tipicità a atipicità nei contratti (Dir. BUSNELLI), *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Nº 53, Giuffrè, 1983.
- BRICKLEY, J. A. y DARK, F. H., “The Choice of Organizational Form the case of franchising”, *Journal of Financial Economics*, 18(2), 1987, págs. 401- 420.
- BRIGGS, A., *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BROSETA PONT, M., “La empresa como objeto de tráfico jurídico. Problemas previos. La compraventa de empresa. El arrendamiento de empresa”, *Problemática Jurídica*

BIBLIOGRAFÍA

Actual de la Empresa, publicaciones del Ilustro Colegio de Abogados de Valencia, 1965.

BROSETA PONT, M., "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamientos", *RDM*, 1968.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 19ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2012.

BURGOS PAVÓN, G. y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M^a.S., *La franquicia. Tratado práctico y jurídico*, Eds. Pirámide, Madrid, 2014.

BUTLER, M.R., "Competitive balance in MLB", *The American Economist*, Vol. 39, Nº 2, 1995.

CABANELLAS DE LA CUEVA, G., *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1980.

CABANELLAS DE LA CUEVA G., MASSAGUER FUENTES, J., *Know-How Agreements and EEC Competition Law*, Edit. VCH, Weinheim, 1991.

CAFFAGGI, F., *Le reti di imprese tra regolazione e norme social. Nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, 2004.

CAFFERA, G., "Franchising: un estudio acerca de su régimen jurídico", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVI, págs. 341-353.

CAGNASSO, O., "Concessione di vendita e franchising", *Trattato di Diritto Comèrciale e di Diritto Pubblico dell'economia* (Dir. GALGANO), Cedam, Vol.16, 1991.

CAGNASSO, O., "La concessione di vendita. Problema di qualificazione", *Qua Giur. Com.*, Nº 51, 1983.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Edit. Colex, Madrid, 2003.
- CALVO CARAVACA, A.L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia", *GJ*, B-85, 1993.
- CÁMARA LAPUENTE, C., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español", *Cuadernos de derecho transnacional*, Eds. Cóllex, 2011, Madrid.
- CÁMARA, H., "La ley 17.711 y algunas de sus proyecciones sobre el Código de Comercio", *RDCO*, 1.968, pág. 385.
- CARDELÚS I GASSIOT, L., *El contrato de franchising*, Edit. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.
- CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996.
- CÁRDENAS PÉREZ, P.E., "La competencia desleal", *Comentarios sobre propiedad intelectual*, Edit. Cosmos, Universidad de Bogotá, 2003, págs. 338-339.
- CARRARA, G *Formazione dei contratti*, Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915.
- CARRETERO, E., "Es la franquicia realmente una relación equilibrada", *Expertos en franquicia*, Mundofranquicia Consulting, Madrid, 2001.
- CASA, F., y CASABÓ, M., *La franquicia*, Edit. Gestión 2000, Barcelona, 1989.

BIBLIOGRAFÍA

- CASARES RIPOLL, J. / REBOLLO ARÉVALO, A., *Distribución comercial*, Edit. Civitas, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo IV (Derecho de obligaciones), 14ª ed., Madrid, Reus, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español, común y foral III”, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 16ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1992.
- CASTELLANOS RUIZ, E., *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Edit. Comares, Madrid, 1998.
- CASTRO LUCINI, F., “Los negocios jurídicos atípicos”, *Revista de Derecho Notarial*, 1974, págs. 16 y ss.
- CASTROGIOVANNI, G.J. y JUSTIS, R.T., “Strategic and Contextual Influences on Firm Growth: An Empirical Study of Franchisors”, *Journal of Small Business Management*, Vol. 40, Nº2, 2002, págs. 98-108.
- CATALANO, R., “Autonomía privada y desequilibrio de la fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el Derecho italiano y europeo”, *Revista de Derecho Privado*, Nº 6, noviembre-diciembre 2012, págs. 11 y ss.
- CATRICALA, A., - GABRIELLI, F., *I contratti nella concorrenza*, Utet, Milano, 2008.
- CASTROGIOVANNI, G.J., COMBS, J.G. y JUSTIS, R.T., “Shifting Imperatives: An integrative view of resource scarcity and agency reasons for franchising”, *Entrepreneurship Theory & Practice*, 2006, págs. 23-40.

BIBLIOGRAFÍA

- CAUMONT CLAVARIO, H.A., "Contrayentes vulnerables por inequilibrio subjetivo en la formación y ejecución de los contratos. Cambios en los paradigmas contractuales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNLZ*. (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Revista N° 5, Buenos Aires, 2005, pág. 25.
- CAUMONT CLAVARIO, H.A., "Existencia y validez de los contratos: la búsqueda de puntos teóricos de encuentro para la viabilidad del emprendimiento unificador del derecho privado latinoamericano", *La ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, N° 1, 2013, págs. 51-57.
- CAUMONT CLAVARIO, H.A., "Vigencia de los conceptos tradicionales del Derecho Civil en la contratación moderna", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXV, Montevideo, pág.515.
- CAUMONT CLAVERIO, H.A., "Codificación y Racionalidad: el Derecho Inteligente", Prólogo de la obra, Código Civil De la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado" (Dir. MARIÑO LOPEZ, A.), Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., "Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999, *CGJC*, 1999, pág.1237.
- CAVES, R. E. y MURPHY, W. F., "Franchising: Firms, markets, and intangible assets", *Southern Economic Journal*, 42, 1976, págs. 572-586.
- CAZORLA PRIETO, L. M., *Derecho del deporte*, Edit. Tecnos, 1992.
- CHAMBERLAIN, J., "La verdadera perfección de la competencia, en *Las raíces del capitalismo*, Edit. Folio, Barcelona, 1996.
- CHAMPAUD, C., "La concessione commerciale", *RTDCom.*, 1963, pág. 451.

BIBLIOGRAFÍA

- CHARLES, W.L., *Negocios Internacionales. Competencia en un mercado global*, McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., 3ª ed., México, 2000.
- CHAVANNE, A., Il contrato di know how, *Rivista di Diritto Industriali*, 1967.
- CHULIÁ VICENT, E. - BELTRÁNLANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, Barcelona 1991.
- CHULIÁ VICENT, E., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, Cap. VI, "El contrato de know how", 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, pág.251.
- CISTERNINO, F., "La conciliazione nei contratti di distribuzione del gas", en *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori (a cura de N. SCANNICCHIO)*, Bari, 2007, págs.325 y ss.
- COLANGELO, G., "Prime note di commento alla normativa in materia di franchising", in *Corriere Giuridico*, 2004.
- COMBS, J. G. y KETCHEN, D. J., "Explaining interfirm cooperation and performance: Toward a reconciliation of predictions from the resource based view and organizational economics", *Strategic Management Journal*, 20, 1999, págs. 867–888.
- COMBS, J. y KETCHEN, D., "¿Why do firms use franchising as entrepreneurial strategy? A meta - analysis". *Journal of Management* 29, 2003, págs. 443-465.
- COMBS, J., KETCHEN, D. J. y HOOVER, V. L., "A strategic groups approach to the franchising performance relationship", *Journal of Business Venturing*, 19, 2004, págs.877-897.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA., “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.

COSHNEAR, T., *Il contratto di franchising*, Ipsoa, 1988.

COSTANZA, M., *Il contratto atípico*, Guiffè, 1981.

COSTAS COMESAÑA, J., “El Reglamento CE 1/2003: de la prohibición con autorización previa centralizada a la excepción legal directamente aplicable y descentralizada de arts. 81 y 82 del Tratado CE”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2002, Nº 22, págs. 1179-1203.

COTTINO, G., *Diritto commerciale*, Cedam, Padova, Vol. 1º, 1.976.

COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Eds. Depalma, Buenos Aires, 1979.

CUCCHI, F., *Il nuovo contratto di franchisin*, Finanze e Lavoro, 2004.

CUADRADO PÉREZ, C., Oferta, aceptación y conclusión del contrato, *Publicaciones del Real Colegio de España*, 2003.

CUATRECASAS, GONÇALVEZ Y PEREIRA, *Monográfica sobre el proyecto de Ley aplicable a los contratos de distribución*, junio 2011.

DANT, R. P., “Motivations for franchising: Rhetoric vs. reality”, *International Small Business Journal*, 14, 1995, págs, 10–32.

DANT, R. P., KAUFMANN, P.J. y PASWAN, A.K., "Ownership Redirection in Franchised Channels", *Journal of Public Policy and Marketing*, Vol. 11, 1992, págs. 33-44.

BIBLIOGRAFÍA

- DANT, R., PASWAN, A.K. y KAUFMAN, P.J., "What We Know About Ownership Redirection in Franchising: A Meta-Analysis", *Journal of Retailing*, Vol. 72, 1996, pág. 429.
- DANT, R.P., "Motivations for Franchising: Rethoric Versus Reality", *Working Paper*, Boston University, *Investigaciones Europeas*, Vol. 10, N°3, Boston, 2004, págs.71-96.
- DATRILO, G., "Tipicità e realtà nel diritto dei contratti", *Riv. Dir. Civ.*, 1984, págs. 772 y ss.
- DAVISON, W.R., BATES, A., y BASS, S.J., "The retail life cycle", *Harvard Business Review*, Vol. 54, N° 6, Noviembre-Diciembre, 1976, págs.89-96.
- DAYAN, A., *Manual de la distribución*, Les Editions D' Organisation, París, 1975.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, Vol.35, N° 4, 1982, págs. 987 y ss.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Edit. Civitas, 1997.
- DE ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, R., "Contrato-tipo de concesión de distribución (franquicia)" (Comentario a la Decisión de la Comisión de la CEE, de 17 de diciembre de 1986, sobre aplicabilidad del art. 85 del Tratado de Roma), *Noticias CEE*, N° 39, 1988, págs. 119-124.
- DE ELÍAS-OSTUA, R., "El franchising: tratamiento mercantil y fiscal", *HPE*, N° 94, 1985, págs. 233 y ss.
- DE GUTTRY, "Il problema della termination nel contratto di franchising", en AAVV, *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano 1983, págs. 78 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LA MORENA SANZ, G., "Desarrollos reglamentarios pendientes de la Ley Concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Análisis de la Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley Nº 17, 2012.
- DE LA VEGA, F.L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*, Edit. Civitas, 2001.
- DE LA VEGA, F.L., *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso*, Edit. Civitas, Madrid, 1998.
- DE NOVA, G. / LEO. VENEZIA, A., *Il franchising: legge 6 maggio 2004*, Nº 129, Ipsoa, 2004.
- DE MAURO, A. / FORTINGUERRA, F. / TOMMASI, S., *La responsabilità precontattuale*, Cedam, 2007.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Arbitraje y contratos internacionales sobre propiedad industrial en el Derecho español", *RCRA*, Vol. VIII, 1992, págs. 27-47.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, págs.199-219.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed, Madrid, Iustel, 2009.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Contratos internacionales sobre propiedad industrial", Civitas Ediciones S.L., *Estudios de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid, 2000, pág. 86.
- DE NOVA, L., e VENEZIA, *Il Franchising*, Milano, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos, *AAMN*, N° 16, 1968, págs. 255 y ss.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La reticencia en la formación del contrato", *ACv*, Vol.3, 1998, pág. 197.
- DERRUPPE, J., "Propriété industrielle", *Encyclopedie Dalloz dr. int.*, París, 1969, págs. 667-672.
- DETHMERS, F. y POSTHUMA DE BOER, P., "Ten Years On: Vertical Agreements Under Article 81", *ECLR*, Issue, 2009.
- DÍAZ PEREIRA, A.L., La franquicia de empresa ("franchising"), *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXII, Universidad de Coimbra, 1997, págs. 251 y ss.
- DÍAZ VELASCO, M., *Estudios sobre propiedad industrial*, Grupo Español de la AJIPI, Barcelona, 1987.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., "Los contratos atípicos", *AC*, N°2, 1998, págs. 345 y ss.
- DICKINSON, A., "Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations: so long, farewell, auf wiedersehen, adieu?", *Journal of private international law*, Vol. 3, N° 1, April 2007.
- DÍEZ - PICAZO PONCE DE LEÓN, L., "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", en *Anuario de la Facultad de Derecho Autónoma de Madrid*, N°4, 2000, pág.154.
- DÍEZ - PICAZO, L., en el prólogo del libro de WIEACKER, F., *El principio general de la Buena fe*, Edit. Civitas, Madrid, 1982, págs. 21 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ - PICAZO, L., “Comentario al artículo 1254 Cc”, *Comentario del Código civil* (Dir. PAZ-ARES et alia), Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- DÍEZ - PICAZO, L., “Comentario al artículo 1255 Cc”, *Comentario del Código civil* (Dir. PAZ-ARES), Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- DÍEZ - PICAZO, L., “Comentario al artículo 1258 Cc”, *Comentario del Código civil* (Dir. PAZ-ARES), Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- DÍEZ – PICAZO, L., “De la gestión de negocios ajenos. Comentario a los artículos 1888 a 1891 Código Civil”, *Publicado la obra Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. (Dir. PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ), Tomo II, Madrid, 1991.
- DÍEZ – PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Edit. Civitas, Tomo I, 2007.
- DÍEZ – PICAZO, L., “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, *Introducción a la Teoría del Contrato*, Vol. I, 5ª ed, Edit. Civitas, Madrid, Tomo II, 1996, pág.267.
- DÍEZ DE CASTRO, E., *Distribución comercial*, McGraw-Hill, Hispanoamericana, Madrid, 1997.
- DÍEZ DE CASTRO, E. NAVARRO, A. y RONDÁN, F. J., “El sistema de franquicia. Una propuesta de un código de ética óptimo”, *X Coloquios Andaluces Sobre Temas Empresariales*. Universidad de Córdoba, 2006, págs. 1-16.
- DÍEZ DE CASTRO, E. RODRÍGUEZ, C. J. y NAVARRO, A., “Unidades franquiciadas versus propias en el sistema de franquicia: una investigación empírica”, Vol. 10, N°. 3, 2007, págs.71-96.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ DE CASTRO, E. y GALÁN, J.L., “El franchising: España y la CEE. Consideraciones legales”, *Investigación y Marketing*, N° 30, 1989, págs. 31-42.
- DÍEZ ESTELLA, F., “El contrato de agencia desde la perspectiva del Derecho antitrust: el Caso “Repsol”, Comentario a la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, noticias de la Unión Europea, N° 216, 2007.
- DÍEZ - PICAZO Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II. Edit. Tecnos, 9ª ed, 2005, pág.64.
- DIMASI, G., / ADAMO, G., Obblighi di assistenza tecnica e commerciale dell'affiliante nel rapporto di affiliazione, in La Legge 6 maggio 2004 N°129: Applicazioni pratiche e Giurisprudenziali 2004/2012, 2012.
- DOLCE, S., “La conciliazione nei contratti bancari: l’Ombudsman bancario, *en Il ruolo delle ADR nella tutela dei consumatori*, Edit. Cacucci, págs. 393 y ss.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “El contrato de franquicia”, (Dir.BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *en Contratos mercantiles*, 2ª ed, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 494- 555.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *RDM*, N° 177, 1985, págs. 419-485.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Los contratos de distribución: Agencia mercantil y distribución comercial”, en CALVO CARAVACA, A.L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., (Dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1275-1384.

BIBLIOGRAFÍA

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. / RUIZ PERIS, J.I., “Los grupos en el ordenamiento jurídico”, *Grupos empresariales de la Economía Social en España*, CIRIEC España, 1999, págs. 99 y ss.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en Derecho español”, *Derecho de sociedades (Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero)*, Edit. McGraw-Hill, 2002, págs. 5310 y ss.
- DURAN YAGO, A., “Contratos internacionales de distribución”, en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, págs. 413-440.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de Franquicia. Delimitación y conflictos en las relaciones internas*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *El contrato de compraventa de empresa: (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Edit. Tirant lo Blanch, 2005.
- ECHEBARRÍA, SAENZ, J.A., “De la actividad comercial en régimen de franquicia. Comentario al art.62”, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del comercio minorista*, en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CAN0, R. Y LEGUINA VILLA, J., Coord.), Madrid, 1997, pág.185.
- EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de grupos de sociedades*, Edit. Comares, 2003.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los contratos de distribución: ¿una laguna en el anteproyecto de código mercantil?”, *Legaltoday.com.*, 13 de junio de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Edit. Civitas, Madrid, 2000.

ETCHEVERRY, R.A., "Franchising", en *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, Tomo I, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.

FAGGELLA, G., "Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed esatta costruzione scientifica", *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Tomo III, Napoli, 1906, págs. 217 y ss.

FAGGELLA, G., *Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in Arch. Guiar, 1909.

FAGGELLA, G., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918.

FAISÁN RUIZ, P., "La nueva regulación de los contratos de distribución de vehículos", www.cuatrecasas.com, *Derecho mercantil*, págs. 72 y ss.

FARINA, J. M., *Contratos Comerciales Modernos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993.

FARINA, V., *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e Contratti*, Giugno, 2011.

FARINA, V., "Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor" in *Obbligazioni e Contratti*, Pluris, 2011.

FARINA, J. M., "Defensa del consumidor y usuario, 2ª ed, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- FARINA, J. M., "La ruptura de la relación comercial en los contratos de distribución y concesión comercial", *Doctrina Societaria y Concursal*, Edit. Errepar, Nº 186, 2.003, pág. 411.
- FAZZINI, M., "Prime impressioni sulla riforma della disciplina dei marchi", *Riv. dir. ind.*, Vol. XLII, 1993, págs. 159-207.
- FERNÁNDEZ - NOVOA, C., *Derecho de marcas*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ - NOVOA, C., "La jurisprudencia norteamericana propugan una nueva concepción del franchising", *ADI*, Tomo VII, 1993.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., "Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares ex artículo 1902 Cc", *RDP*, Nº4, 2000, págs. 288 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., "Política y derecho de la competencia en la CEE: una aproximación, en Derecho mercantil internacional, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", en IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol.4, Madrid, 1996, págs. 5209- 5237.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., / ARENAS GARCÍA, R. / DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 1ª ed, Iustel, 2007.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *La protección penal del secreto de empresa*, Edit. Colex, Madrid, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ, M. y MARTÍN, J., “La confianza y el compromiso como factores clave de éxito en las relaciones comerciales. Una aplicación empírica en el sistema de franquicia”, *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 15. Nº 1, 2006, págs. 77-100.

FERNÁNDEZ, Z. y SUAREZ, I., “La Estrategia de la empresa desde una perspectiva basada en los recursos”, *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol.5, Nº3, 1996, págs.73-92.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C., y COSTAS COMESAÑA, J., Apartados 3.2, “Acuerdos de licencia de marca”, en BENEYTO, J.M (Dir.) y MAILLO, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*, Guiffre, 1966.

FERRIER, D., “La franchise internationale”, *JDI*, Nº 3, 1988.

FERRIER, D., “Ordonance 1er décembre 1986, art. 34 et 36-2 et contrats de franchise”, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, Nº 2, 1987, págs. 3 y ss.

FLORES MICHERO, R., “El contrato de agencia”, *RJC*, 1957, págs.110 y ss.

FLORIANI, B., “The impact of the Civil Code of Quebec on Franchising”, *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1995, pág.124 y ss.

FONT GALÁN, J.I. “El concepto de empresa relevante en el Derecho de la Competencia de la Comunidad Europea. Exposición y crítica.”, *NCEE*, Nº 29, 1987.

BIBLIOGRAFÍA

- FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.
- FORT, R. Y QUIRK, J., “Cross subsidization, incentives and outcome in professional team sports leagues”, *Journal of Economic*, N° 33, 1995.
- FOX – SULLIVAN, *Cases and materials on Antitrust*, St. Paul, Minn, 1.989.
- SULLIVAN – GRIMES, *The Law of Antitrust: An integrated Handbook*, West Group, 2.000.
- FRAZER, L. y WEAVERN, S., “Franchising Australia: A survey of franchising practices and performance”. Brisbane, Griffith University, Australia, 2004.
- FREEDMAN, W., *Professional sports and antitrust*, Quorum books, New York, Westport Connecticut, London, 1987, pág.5.
- FRIGNANI, A., *Il Franchising*, Torino, 1990.
- FRIGANI, A., *Franchising: la nuova legge*, Giappichelli, 2004.
- FRIGANI, A. / SANNATI, A., “Italia, termination of master franchise agreements and the consequences”, *IJFL*, Vol. 6, 2008.
- FRIGNANI, A., *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital. Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*, Editore G. Giappichelli, Turin, 1991.
- FRIGNANI, A., *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, Milano, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

GABINO PINZÓN, *Introducción al derecho comercial*, Edit. Temis, Bogotá, 1985.

GALÁN CORONA, E., “Los contratos de franchising ante el Derecho comunitario protector de la libre competencia (comentario a la S. del TJCEE de 28 de enero de 1986”, Vol.13, Nº 3, *RIE*, 1986, págs. 687-702.

GALÁN CORONA, E., “Supuestos de competencia desleal por violación de secreto”, *en La regulación contra la competencia desleal en la Ley 10 de enero de 1991*, (coor. BERCOVITZ), Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

GALÁN CORONA, E., *Competencia Desleal y Antitrust*, Madrid, 2005.

GALÁN CORONA, E., “Notas sobre el Reglamento (CE) Nº1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma”, *RDCE*, 15, 2003.

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 2004.

GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, Edit. Laia, Barcelona, 1.981.

GALGANO, F., *La Globalización en el espejo del Derecho*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, Edit. Trivium, Madrid 1991.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Madrid, 1991.

GANDOLFI, G., “L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?”, *RDC*, 1993, pág. 149.

BIBLIOGRAFÍA

- GANDOLFI, G., "Pour un Code européen des contrats", *RTDC*, 1992, pág. 707.
- GANDOLFI, G., "Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?", *RDC*, 1995, II, pág. 203.
- GARCÍA AMIGO, M., "La responsabilidad civil por productos en la Europa Comunitaria", *en Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENÉNDEZ, A.* (Coord. IGLESIAS PRADA, J.L.), Tomo III, Edit. Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Edit. McGraw-Hill, 1995.
- GARCÍA - CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Globalización económica y Derecho mercantil*, Universidad de Zaragoza, 2002.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, S., *Economía de la Empresa y Política Económica de la Empresa*, Esic, Uned 2º, Madrid, 1974.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, L., "Franchise contracts and the Rome I Regulation on the law applicable to international contracts", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, págs. 233-244.
- GARCÍA SILVERO, E. A., "Hacia una nueva regulación de los traspasos de los deportistas profesionales en la UE", *Boletín Mensual Aranzadi Laboral*, Nº 13, 2000.
- GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Edit. Tecnos, 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA VÁZQUEZ, S., "La franquicia y el derecho de la competencia", en ORTÍZ BLANCO, L. / SOPEÑA BLANCO, V., *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, págs. 113-140.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Edit. Civitas, 1990, págs. 3 y ss.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus, 2012.
- GARRIGUES, J., "La propiedad industrial y la empresa", *ADI*, Tomo 4, 1977, págs. 13-24.
- GARRIGUES, J., "Los agentes comerciales", *RDM*, Nº 83, 1962, pág. 21.
- GARRIGUES, J., "Tratado de Derecho mercantil", *RDP*, 1964.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Aguirre, Tomo I, 1976.
- GARRONE, J.A., "Franchising", en *Manual de derecho comercial*, Edit. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996.
- GAUDEMET, E., "Théorie général des obligations", Tomo I, par Desois, H et GAUDEMET, J., 1965.
- GÁZQUEZ SERRANO, L. "La responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea: Derecho comunitario y de los Estados miembros", en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- GERSCOVICH, C.G. y RIEZZONI, “Contrato de distribución”, *Derecho de daños*, Edit. La Rocca, 5ª parte, pág. 79.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M, C., *Estudios sobre el contrato*, Edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *Estructura y función del tipo contractual*, Edit. Bosch, Barcelona, 1979.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., Prólogo a LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 7 y 8.
- GHERSI, C.A., *Contratos civiles y mercantiles. Parte general y especial*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2002, págs.37 y 38.
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª ed., París, 1999.
- GIL ECHEVERRY, J.H., *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Edit. Temis, Bogotá, 2003.
- GIL PIZARRO, J., *Como poner en marcha una franquicia*, Edit. Abeto, Madrid, 1998.
- GILLIS, W. y CASTROGIOVANNI, G. J., “The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative”, *International Entrepreneurship Management Journal*, Nº 8 (1), 2012, págs.75-98.
- GINER PARREÑO, C.A., “Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías”, *Derecho de los Negocios*, Madrid, 1991, págs. 340-355.

BIBLIOGRAFÍA

- GINESTA PORTET, X., "Football and the Global Entertainment Business.Clubs as Entertainment Multinational Corporations", *Communication & Society* 24 (1), 2011, 141-166.
- GIRALDO MESA, D.S., "¿Cómo se registra una marca?", *Revista Ámbito Jurídico Legis*, 21 de julio al 23 de agosto de 2003, Bogotá, pág.5.
- GIRÓN TENA, J., "Las cuentas anuales de la sociedad anónima" en *la Revista de Sociedades*, Edit. Aranzadi, año I, N°1, Navarra, 1993, pág.15.
- GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro", *Revista Aranzadi*, N° 3, 2000, pág. 2331.
- GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C., "Comentario al artículo 1262 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (Coords.), Tomo. XVII, Vol. 1°-B, Edit. Edersa, Madrid, 1993, págs. 48-154.
- GÓMEZ POMAR, F., "Ámbito de protección de la responsabilidad de producto", en SALVADOR CODERCH, P. / GÓMEZ POMAR, F., (editores), *Tratado de responsabilidad civil de fabricante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", *ADI*, Tomo 7, 1981, págs. 201-223.
- GÓMEZ SEGADE, J. A., "Modificación de las normas españolas sobre transferencia de tecnología", *ADI* 7 (1981), págs. 463-466.

BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ TABEADA, J., “Los contratos atípicos o innominados”, *RJD*, Nº 61, 2007, págs. 161 y ss.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Aspectos jurídicos-laborales de la Franquicia”, *REDT*, Nº 97, 1999, págs. 660-661.
- GONZÁLEZ CALVILLO, E., *La experiencia de las franquicias*, Edit. McGraw-Hill, México, 1993.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Edit. Comares, Granada, 2004.
- GONZÁLEZ, M., “Observaciones en torno a la buena fe”, *En Homenaje al profesor JUAN ROCA*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, págs. 497 y ss.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Distribución commercial y derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales”, *RCD*, Nº6, 2010, pág.47.
- GOYDER, J., *EU Distribution Law*, 4ª ed, Edit. Hart Publishing, Oxford, 2005.
- GRASSETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, 1983.
- GRASSI, P., “Il franchising internazionale e il master franchisee”, *Il franchising* (Dir. BONANI), Buffetti, 1992.
- GUARDANS CAMBÓ, I., “Contrato de transferencia de tecnología”, en *Contratos Internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

BIBLIOGRAFÍA

- GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998.
- GUILLEN LARREA, M.V., “El contrato de franquicia”, *Distribución y consumo*, Nº 23, 1995.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)”, *Diario La Ley*, Nº 7859, Año XXXIII, Edit. La Ley, 2012.
- GUTIÉRREZ, I., “Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”, *GJCEE*, Nº 229, 2004.
- GUYENOT, J.P., *Contribución al estudio del Derecho Comercial comparado*, Ed. Jurídicas Europa-América, Ejea, 1.971, pág.11.
- HADFIELD, G., “Problematic relations: Franchising and the law of incomplete contracts”, *Stanford Law Review* 42, 1990, págs.927- 992.
- HELDRIICH, *Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen romischen Rect. In der spateren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924.
- HERNANDO CEBRÍA, L., “La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la STS de 8 de abril de 2000)”, *RDM*, Nº 242, 2001, págs.1871 a 1942.
- HERNANDO CEBRÍA, L., *La empresa como objeto de negocios jurídicos (un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Edit. Tirant lo Blanch, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Edit. Civitas, Madrid, 2000.
- HERNANDO RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, *Revista uc3m*, Madrid, 2014.
- HERRERA CAMPOS, R., "La regulación del arbitraje de consumo", en *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (Coord. por SUÁREZ LÓPEZ, J.M y (Dir) MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 2013, págs. 655-670.
- HERRERO SUÁREZ, C., "La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 242, Madrid, Octubre-Diciembre 2.001, pág. 1950.
- HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid 2006.
- HILL, C.L., "Franquiciamiento", en *Negocios internacionales*, Edit. Mc-Graw, México, 2001.
- HUBER, B., "Transparencia de tecnología y contratos de "Know How" con China", *ADI* 11 (1985-1986), págs. 601-606.
- HUNT, S.D., "The Socioeconomic Consequences of the Franchise System of Distribution", *Journal of Marketing*, Vol. 36, 1972, págs.32-38.
- HUNT, S., "The trend toward company-operated units in franchise chains", *Journal of Retailing*, summer, 1973, págs. 3-12.

BIBLIOGRAFÍA

- IGLESIAS PRADA, J.L., "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Edit. Civitas, Madrid, 1978, págs. 251 y ss.
- IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Oeuvres divisies*, traducción francesa por DE MEULENAERE, O., 1893, Tomo II, págs. 1 a 100.
- ILLESCAS ORTIZ, R., "La defensa de la libre competencia", en *Derecho Mercantil. Contratación Mercantil* (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A.), Vol. 5º, Marcial Pons, 15 ed, Madrid, 2013, págs.215 y ss.
- ILLESCAS ORTIZ, R., "El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia", en *Lecciones de derecho mercantil*, 17ª ed, Tecnos, Madrid, 2014.
- ILLESCAS ORTIZ, R., "Franquicia y know-how al entender de la casación: elogio a una sentencia", *DN*, Nº 187, 2006.
- ILLESCAS ORTIZ, R., "La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes", en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Don Manuel Olivencia*, Tomo II, Barcelona-Madrid, 2005, págs. 1989-2004.
- ILLESCAS ORTIZ, R., "El empresario mercantil individual: reglas generales", en *Derecho Mercantil. Contratación Mercantil* (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A.), Vol. 5º, Marcial Pons, 15 ed, Madrid, 2013.
- IORIO FIORELLI, G., "Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile e di giurisdizione", *Rivista di diritto Bibliografía 460 internazionale privato e processuale*, Padova, Nº 3 (Luglio-Settembre 2007), págs. 633-656.

BIBLIOGRAFÍA

IRURZUN UGALDE, K., "Convenios colectivos y deporte profesional", *REDD*, Edit. Civitas, Nº 6, 1995.

IRURZUN UGALDE, K., "La negociación colectiva en el deporte profesional", Universidad del País Vasco, Leioa (Vizcaya), 2004.

JACQUEMIN, A., "Comportamiento colusivo I+D y política europea", en X, *Vives y Gual, J (eds) Concentración empresarial y competitividad: España en la CEE*, Ariel, Barcelona, 1990.

JIMÉNEZ MARISCAL, S., "La nueva reglamentación comunitaria y el contrato de franquicia, documento de internet, 2005, <http://efranquizium.com>.

JIMÉNEZ MARISCAL, S., *Cláusulas de los Contratos de Franquicia, V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior*, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, 1998.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., (Coords.) "Contratación Mercantil", en *Derecho Mercantil*, Vol. 5º, 15 ed., Marcial Pons, Ed. jurídicas y sociales, Marcial Pons, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho Mercantil I*, 13ª ed, Edit. Ariel, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Nociones de Derecho mercantil*, Marcial Pons, Ed. jurídicas y sociales, 8ª ed, Madrid, 2014.

JORDANO BAREA, J., "Los contratos atípicos", *RLJ*, 1953.

JOSSERAND, L., "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, *Teoría general de las obligaciones*, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch, Buenos Aires, pág. 40.

BIBLIOGRAFÍA

JUENGER, F.K., "Contract Choice of Law in the American" en *AJCL*, Vol.45, 1997, págs. 197 y 198.

JUENGER, F.K., "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídico-Anuario de la Universidad Iberoamericana*, N°. 23, 1994, págs. 55-55.

KATTAN, "Efficiencies and Merger Analysis", *Antitrust Law Journal*, 62, 1.994.

KATTAN, "The role of Efficiency Considerations in the FTC's Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, 64, 1.996.

KATZ, B.G. y OWEN, J., "On the Existence of Franchise Contracts and Some of Their Implications", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 10, N°4, 1992, págs. 567-594.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Aproximación al franchising. Especial referencia al régimen de la responsabilidad civil", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamente Alsina*, T.II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

KHAN, M., *Franchising y Paternariado*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1998.

KORAH, V. y ROTHENE, W.A., "Exclusive Licenses of Patent and Plant Breeders' Rights Under EEC Law After Maize Seed", *Antitrust Bull.*, 1983, pág. 699.

KORAH, V., "Pronuptia- Franchising: The Marriage of Reason and the EEC Competition Law", 8 *EIPR*, 1986.

KORAH, V., *An introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9ª ed, Edit. Hart Publishing, Oxford, 2007.

KOTLER, P., *Dirección de marketing*, Prentice-Hall, 7ª ed., Madrid, 1992.

BIBLIOGRAFÍA

- LAFONT PIANETTA, P., "Contrato de franquicia internacional", en *Manual de Contratos. Contratación internacional*, Tomo III, Eds. Librería del Profesional, 2004.
- LAFONTAINE, F. y KAUFMANN, P.J., "The Evolution of Ownership Patterns in Franchise Systems", *Journal of Retailing*, Vol. 70, 1994, págs. 97-113.
- LAFONTAINE, F. y SHAW, K., "The Dynamics of Franchise Contracting: Evidence from Panel Data", *National Bureau of Economic Research Working Paper*, N° 5585, 1996, Cambridge.
- LAFONTAINE, F., "Agency Theory and franchising: Some empirical results", *Rand Journal of Economics*, 23(2), 1992, págs. 263-284.
- LAFONTAINE, F., y E. RAYNAUD, E., "The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting", *NBER Documento de trabajo 8868*, 2002.
- LAFONTAINE, F. y SLADE, M.E., "Retail Contracting: Theory and Practice", *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 45, N°1, 1997, pág.1-25.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Sobre la perfección de los contratos en el código civil", *La Ley*, N° 2, Madrid, 1989, págs.1141-1142.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "La forma de los contratos", *Revista general del derecho*, N° 582, 1993, págs.9483-9499.
- LAMBIN, J.J., *Marketing estratégico*, McGraw-Hill, 3ª ed, Madrid, 1995.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977)", *RDP*, 1980, págs. 50 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2005.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El contrato de franquicia”, *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 18, Murcia, 2000, págs. 91-116.
- LE BARBIER-LE BRIS, M., *La justicia de la Unión Europea*, Edit. Civitas, 2011.
- LEE, F., “Spectacle and Fandom: Media Discourse in Two Soccer Events in Hong Kong”, *Sociology of Sport Journal*, Nº 22, 2005, págs.194-213.
- LIMA MARQUES, C., “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004, pág.204.
- LINARES, M.A., “¿Qué se debe tener en cuenta cuando se suscribe un contrato internacional?”, en *Revista de Ámbito Jurídico Legis*, Bogotá, 2005.
- LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derechos de daños”, *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Edit. Dykinson, Madrid, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del medico*, Edit. Trivium, Madrid, 1988.
- LLAMAS POMBO, E., *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*, Edit. La Ley, 2005.
- LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.

BIBLIOGRAFÍA

- LLOBREGAT HURTADO, M.L., “El contrato de agencia mercantil. Comentario Sistemático a la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre el contrato de agencia”, *Colección Cuadernos de Derecho Privado*, Edit. Bosch, Barcelona, 1994.
- LNFP, *Un gol al futuro. Claves del fútbol profesional para el siglo XXI*, Liga Nacional de Fútbol Profesional. Madrid, 2000.
- LOI, M. / TESSITORE, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Guiffré, Milano, 1975.
- LÓPEZ FRADE, A. M., *La competencia desleal en el marco del contrato de franquicia*, documento de internet, 2004, <http://www.efranquizium.com>.
- LÓPEZ GUZMÁN, F., “¿Qué es el contrato de franquicia?”, en *Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial General*, Edit. Doctrina y Ley, Bogotá, 2004.
- LÓPEZ GUZMÁN, F., “Franquicias y TLC”, *Aproximación jurídica al Tratado de Lisboa, en la Universidad de Rosario*, Bogotá, 2005.
- LÓPEZ GUZMÁN, F., “Alianzas estratégicas para invertir en franquicias”, ensayo presentado en la Universidad de Rosario, 2004.
- LÓPEZ GUZMÁN, F., *El contrato de franquicia internacional. Un modelo estratégico empresarial*, Eds. Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2005.
- LÓPEZ GUZMÁN, F., *Principios constitucionales de derecho comercial*, Eds. Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.
- LÓPEZ ORTEGA, R., “Notas sobre el concepto de franquicia en la Jurisprudencia”, en AA.VV., Homenaje en memoria de LANZAS J. y SELVA, L., Tomo II, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid 1998, págs. 1560-1580.

BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ ORTEGA, R., "Notas sobre el concepto de franquicia en la Jurisprudencia", en *AA.VV., Homenaje en memoria de JOAQUÍN LANZAS y de LUIS SELVA*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 1560-1580.
- LÓPEZ, J., MARTÍNEZ, M. y RIDAO, J., "El canon de entrada en la cadena de franquicia", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa* 7(2), 2001, págs. 63-76.
- LORCA NAVARRETE, A.M., "El Arbitraje en la propiedad intelectual", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 1, País Vasco, 1992, págs. 49-54.
- LORENZETTI, R.L., "Contrato y negocio: la responsabilidad frente a los fenómenos de la descentralización empresarial", *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2.001-3ª (Daños en la actividad comercial), pág. 241.
- LORENZETTI, R., "Contratos modernos: ¿conceptos modernos?", *Revista Asociación de Escribanos del Uruguay*, Tomo 82 (1 a 12), 1996, Montevideo, pág. 42 y ss.
- LORENZETTI, R.L., "Tratado de los Contratos. Parte General", Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004, págs. 86 y ss.
- LORENZETTI, R. L., *Problemas actuales de la teoría contractual*, Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlorenzettiacademia>, (5 de enero del 2013).
- LUGARO, P., y HAANS, J., "Ten points to consider when reviewing Regulation 2790/199", *Global Competition Policy*, Release one, 2008.
- LUJÁN ALCARAZ, J., "Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", *AS*, Vol. V, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- LUO, Y., "Contract, cooperation and performance in international joint ventures", *Strategic Management Journal* 23, 2002, págs. 903-919.
- MALDONADO CALDERÓN, S., *Contrato de franchising*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje, una perspectiva internacional*, Madrid, 2005.
- MANZANARES SECADES, A., "La naturaleza de la responsabilidad o culpa in contrahendo", *ADC*, 1995, pág. 1009.
- MARCHERONI LEMAES, J.I., "Introducción al Franchising", *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Nº 65-66, Uruguay, 1997.
- MARCHETTI, F., / ADAMO, G., Tutela del Franchisee in caso di insussistenza e/o mancanza di originalità del know-how, di mancato assolvimento degli oneri informativi; di false informazioni e/o di inadempimento contrattuale del Franchisor, *in Applicazioni Pratiche e Giurisprudenziali 2004/2012*, 2012.
- MARIANI, G. / ADAMO. G., "Il primo contatto tra il Franchisor e il Franchisee: le informazioni veicolate dalla Casa Madre e i documenti informativi" (art. 6 della Legge n.129/04), *in Applicazioni Pratiche e Giurisprudenziali 2004/2012*, 2012.
- MARÍN HITA, L., "Sentencia de 31 de Mayo de 2012. Contrato de agencia: Indemnización por clientela y criterios para su determinación. Obligado a su pago tras cesión del contrato", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 91, 2013, págs. 303-318.
- MARÍN HITA, L., "Las pretensiones indemnizatorias en el contrato de concesión mercantil", *Derecho de los negocios*, Año Nº 9, Nº 94-95, 1998, págs. 9-24.

BIBLIOGRAFÍA

MARÍN LÓPEZ, J.J. “Ordenación del Comercio minorista. Comentario a los artículos 38 a 48”, en AA. VV, Barcelona, 1996.

MARIÑO LOPEZ, A., “Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado”, *La Ley Uruguay*, Montevideo, 2009.

MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, Madrid, 2013.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho comunitario: acuerdos verticales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº18, 2007.

MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre franquicia”, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, (Dir. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, 2009.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en los contratos de franquicia: el modelo americano versus el europeo”, *RDM*, Nº 269, 2008.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “El deber de transparencia en la introducción de una red de franquicia en Italia”, *RDM*, Nº 264-265, 2007.

MARTÍN ARESTI, P., “Consideraciones sobre el umbral de cuota de mercado y la relación de competencia entre las partes como condiciones de aplicación del Reglamento (CE) Nº 772/2004 sobre los acuerdos de transferencia de tecnología”, *ADI*, Tomo 25, 2004.

MARTÍN ARESTI, P., “El control sobre los acuerdos de transferencia de tecnología: el Reglamento Nº 772/04”, *DN*, Nº184, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍN ARESTI, P., “El contrato de licencia de marca”, *Contratos mercantiles* (Dir. BERCOVITZ), Thomson-Aranzadi, 2003.
- MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los "principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Nº 2, 2005.
- MARTÍN FONTANET, J.M., “Manual práctico de la franquicia”, *Cámara Oficial de Comercio e Industria de Teruel*, Teruel, 1990.
- MARTÍN R.E. y JUSTIS, R.T., “Franchising liquidity constraints and entry”, *Applied Economics*, 25, 1993, págs. 1269-1277.
- MARTÍN, R. E., “Franchising and risk management”, *American Economic Review*, 78, 1988, págs. 954–968.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^a., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 62 LCM” en AA.VV., *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Edit. McGraw Hill, Madrid 1999, págs. 699-732.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid 1999, págs. 699-732.
- MARTÍNEZ TAMAYO, C., *Responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Temis, Bogotá, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ, G., “La azteca Alsea prepara nuevas compras en España”, *Diario Expansión*, 24 de Agosto de 2014, Madrid, págs.3 y 4.
- MARTORELL, E.E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, Tomo III, Eds. De Palma. Buenos Aires, 1993, pág. 553.
- MARZORATI, O.J., “Sistemas de distribución comercial”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- MARZORATI, O.J., *Franchising*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- MARZORATI, O.J., “Contrato de franquicia comercial”, en *Derecho de los negocios Internacionales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2003.
- MARZORATI, O.J., “El joint venture y las reglas de defensa de la competencia”, en *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- MASCHERONI LEMES, J.I., *Franchising*, Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo- Uruguay, 1999.
- MASSAGUER FUENTES, J., “En torno al enjuiciamiento antitrust de un contrato mixto de licencia de patente y know-how (Comentario a la resolución del Pleno del TDC de 25 de mayo de 1990, Exp. N° 10/90, Pack Service S.A./ 4P Emballages France”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, N° 8, junio 1991, págs. 23-42.
- MASSAGUER FUENTES, J., “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises”, en *Homenaje a BAYLOS, H., Estudios sobre Derecho Industrial*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992.

BIBLIOGRAFÍA

- MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho de sobre la Competencia Desleal: Directiva 2005/29 CE, sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, 2006.
- MASSAGUER FUENTES, J., “Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico”, en *Estudios sobre Marcas* (Coord. NAVARRO CHINCHILLA / VÁZQUEZ, Granada, 1985, págs.187 y ss.
- MASSAGUER FUENTES, J., *El contrato de licencia del know-how*, Edit.Bosch, Barcelona, 1989.
- MASSAGUER FUENTES, J. y PALAU, F., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del libro verde sobre la protección de los consumidores en la unión europea”, *Informe a petición del Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, 2002.
- MASSAGUER FUENTES, J., “El Proyecto de Reglamento de exención en bloque para acuerdos de licencia «know-how»”, *ADI* 12 (1987-1988), págs. 643-652.
- MATHEWSON, F. y R. WINTER, R., “The economics of franchise contracts”, *Journal of Law and Economics* 28, 1985, págs. 503-526.
- MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, 2ª ed, Comares, 2007.
- MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Ed. Forum, Perú, 2006.
- MENDELSON, M., “Guía práctica de la franquicia”, *Biblioteca de Gestión*, Desléc de Brouwer, Bilbao, 1989.

BIBLIOGRAFÍA

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y DÍEZ- PICAZO, L., (Dirs.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, 1ª ed., Edit. Civitas, Madrid, 2002.

MENÉNDEZ, A. Y ROJO, A., (Dirs.), “Contratos de colaboración: el contrato de comisión”, Cap. 60, en *Lecciones de Derecho Mercantil* (Coord. APARICIO, Mª.L.), Tomo II, 11º ed, Civitas, 2013, págs.164 y ss.

MESSINEO, F., “Doctrina general del contrato”, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1954.

MESSINEO, F., *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, (trad. DE SENTÍS Y VOLTERRA FON-TANARROSA), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1986.

MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, Tomo I, Milán, 1973.

MEZZASOMA, L., “La prova della colpa nella responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento spagnolo”, in N. Picardi, B. Sassani, e F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in Memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli, 2001.

MEZZASOMA, L., *Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*, E.S.I., Napoli, 2001.

MEZZASOMA, L., “L'importatore all'interno della C.E. di prodotti difettosi fabbricati in altro stato comunitario”, en *Rassegna giuridica umbra*, 2001.

MEZZASOMA, L., “Tutela dei consumatori ed accesso alla giustizia in forma collettiva: l'esperienza spagnola”, en *P.A. Pillitu (a cura di), Studi in Onore di Giorgio Badiali*, II, Roma, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- MEZZASOMA, L., “La conciliazione stragiudiziale di cui all’art. 141 del codice del consumo e l’arbitraje de consumo”, en *A. Garilli e A. Sassi (a cura di), Diritto Privato. Studi in onore di A. Palazzo*, III, UTET, Turín, 2009.
- MEZZASOMA, L., “La responsabilidad por el hecho de las cosas en el derecho italiano y comparado”, en *elDial.com -DC1649, 01.07.2011*, Edit. Albrematica-, Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina, 2011.
- MEZZASOMA, L., “La protección del contratante débil en la legislación italiana”, en *Revista Juridica de daños* - en *ijeditores.com.ar*, IJ-LI-821, N° 2/2012, IJ Edit. Buenos Aires, 2012.
- MEZZASOMA, L., “Attività imprenditoriale e limiti legali all’autonomia negoziale nel contratto di compravendita nell’ordinamento italiano”, en *L. Kupriyanova, Organizational-Economic, financial, managerial and legal development of the competitiveness of the Russian economy*, RIM University, Riga, 2013.
- MEZZASOMA, L., “ Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole”, en *Revista de Direito do Consumidor*, Brasil, N° 86, 2013.
- MEZZASOMA, L., “Derecho de Consumo y de Derecho de Contratos”, *Conferencia clausura Máster Universitario en Derecho de los Negocios*, Granada, septiembre 2014.
- MEZZASOMA, L., “Novedades del Derecho de contratos en Italia y la tutela del contratante débil”, en el *X Congreso Internacional de Derecho Privado (Punta del Este)*, Universidad de la República, Uruguay, 2014.
- MEZZASOMA, L., NELLA, L. y RIZZO, V., *Il Diritto della distribuzione commerciale* , *Collana: Consumatori Oggi*, 18, Náples 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- MINKLER, A. P. y PARK, T. A., "Asset specificity and vertical integration in franchising", *Review of Industrial Organization* 9, 1994, págs. 409-423.
- MINKLER, A.E., "Why Firms Franchise: A Search Cost Theory", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 148(2), 1992, págs. 240-259.
- MIR PIQUERAS, J.B., *La venta domiciliaria, del puerta a puerta al multinivel*, Eds. Díaz de Santos, 1993.
- MIRANDA SERRANO, L.M., "Restricciones accesorias y prácticas colusorias, *DN*, N° 122, 2000.
- MOLINA SANDOVAL, C. A., "Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Dir. ALTERINI A.), N° VI, Noviembre - Diciembre 2.001, pág. 75.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ, A. "La presunción de buena fe", *Estudios de Derecho Privado I*, (Dir. MARTÍNEZ RADIO), Madrid, 1962, págs. 194 y ss.
- MONATERI, P.G., "La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano", en: *Estudios sobre el contrato en general*, (trad. LEYSSER LEÓN), 2ª ed., Edit. Ara, Lima, 2004.
- MONTARULI, V., *La responsabilità precontrattuale*, Linea Professionale, 2005.
- MONTES FLORES, V., "Los derechos federativos y su contenido patrimonial", *Ponencia I Encuentro de Master en Derecho Deportivo de la Universidad de Lleida*, Marbella, 30 de mayo de 2002. (En internet, www.sportsciences.com/).
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato de concesión*, Edit. Aranzadi, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- MORALEJO MENÉNDEZ, I., "Régimen jurídico de los contratos de distribución", *Derecho de los Negocios*, Nº 252, Septiembre 2011, págs. 726.
- MOREJÓN GRILLO, A., "El Contrato de Franquicia", *Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales*, Universidad de Málaga, www.eumed.net.
- MORENO QUESADA, B., *La oferta del contrato*, Edit. Nereo, 1963.
- MORENO QUESADA, B., "Sobre la exclusión voluntaria de la Ley aplicable", Editado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982.
- MORENO QUESADA, B., "La oferta de contrato cuarenta años después", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MELÉNDEZ*, Tomo IV, Derecho civil y Derecho público, Edit. Civitas, Madrid, 1996.
- MORILLAS JARILLO, M.J., "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", *AC*, Nº 30, 1994, págs. 571-599.
- MORILLAS JARILLO, M.J., "La Reforma del Derecho Concursal Español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002", *Revista Derecho de los Negocios*, Nº 149, 2003, págs. 1-40.
- MORILLAS JARILLO, M.J., "El nuevo Derecho concursal español: líneas generales de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 y efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica", en VV.AA. *Temas actuales de Derecho Comercial*, Edit. Normas Legales, Trujillo (Perú), 2004, págs. 43-84.
- MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Edit. Iustel, Madrid, 2004.
- MORILLAS JARILLO, M.J., en *Comentario de la Ley Concursal*, I y II, en VV.AA (Dir. por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- MORILLAS JARILLO, M.J., "Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores", en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Don Manuel Olivencia*, Tomo II, Barcelona-Madrid, 2005, págs. 2129-2172.
- MORILLAS JARILLO, M.J., "La responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal" (I), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 6, 2007, págs. 15-41; y (II), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 7, 2007, págs. 53-88.
- MORRAL SOLDEVILA, R., "Régimen jurídico del fondo de comercio: referencia al arrendamiento de empresa", *RJC*, Nº4, 1993, págs. 973 a 984.
- MOSSET ITURRASPE, J., "Derecho sin ley (la costumbre como fuente)", en *L.L.*, 1.979-B, pág. 321.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Defensa del consumidor*, Ediciones Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- MOTOS GUIRAO, M., "El arrendamiento de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Edit. Tecnos, Vol. I, 1971, págs. 482 a 502.
- MOURA VICENTE, D., "Perspectivas de la armonización y unificación internacional del Derecho privado en una época de globalización de la economía" en CALVO CARAVACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, págs. 401-420.
- MUGGENBURG, C., "Contratos de licencia y/o franquicia", *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coordinador), UNAM, México 2004, págs. 367-377.
- NARDIN, G., *Relazioni e fiducia nei mercati dei beni industriali*, Franco Angeli, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- NAULT, B. y DEXTER, A., "Adoption, transfers and incentives in a franchise network with positive externalities", *Marketing Science* 13, 1994, págs. 412-423.
- NORTON, S. W., "¿Is franchising a capital structure issue?", *Journal of Corporate Finance*, 2, 1995, págs.75–101.
- NORTON, S., "An empirical look at franchising as an organizational form", *Journal of Business* 61, 1988, págs. 197-217.
- NORTON, SETH W., "Franchising, Brand Name Capital and the Entrepreneurial Capacity Problem", *Strategic Management Journal*, Vol. 9, 1998, págs. 105-114.
- NUZZO, M., "Contratti collegati ed operazioni complesse", *Collegamenti negoziali ed operazioni complesse*, Giuffrè, 2007.
- O'BRIEN, J., *Conflict of Law*, II ed., Cavendish Publishing Limited, London, 1999.
- O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, Tomo I (Parte general), Edit. Universitaria Ramón Areces, 2012.
- O'NEILL, B., "Trust in the information society", *Computer Law Security Review*, 28, 2012.
- OLIVENCIA, M., "La satisfacción de los acreedores, fin esencial del contrato", *Los acreedores concursales, II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Aranzadi, Pamplona, 2010.
- OROZCO PARDO G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre la unificación del Derecho Privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal", *Estudios de Derecho Concursal en homenaje a D. MANUEL OLIVENCIA*, Madrid 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- OROZCO PARDO, G., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo”, en *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori (a cura de N. SCANNICCHIO)*, Bari 2007, pág. 130.
- OROZCO PARDO, G., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “El Arbitraje de Consumo”, en *Estudios sobre el Arbitraje. Los temas clave* (GONZÁLEZ MONTE, J.L. Coord.), Madrid, 2008, págs. 432-497.
- ORTÍ VALLEJO, A., “Incumplimiento del contrato en el moderno derecho europeo”, en *la Gaceta Jurídica de la empresa andaluza*, Marzo, 2014.
- ORTIZ BLANCO, L. / GUIRADO GALIANA, R. “Derecho de la competencia europeo y español”, en *Curso de Iniciación*, Vol. 5, Madrid, 2004.
- ORTIZ DE ZARATE, A., *Manual de la Franquicia*, Eds. Deusto, Madrid, 1993.
- ORTUÑO BAEZA, M.T., “Acuerdos verticales y derecho de la competencia: comentarios al Reglamento 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 de el Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 204, 2002.
- ORTUÑO BAEZA, M.T., “El contrato de franquicia”, en GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Contratos internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.
- ORTUÑO BAEZA, M.T., *Licencia de Marca*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta”, *Revista Jurídica La Ley*, 22 de abril de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

OSORIO MORALES, J., *Lecciones de derecho civil. Obligaciones y contratos* (parte general), 2ª ed., revisada y puesta al día por OSSORIO SERRANO, J.M., Comares, Granada, 1986, págs.14-216.

OTERO LUNA, M., "Límites de la norma convencional en las PYMES: la ultraactividad", *RMTAS*, N° 3, 1997.

OVIEDO, J., "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", *Revista Universitas*, Bogotá, 105 (ene.-jun., 2008).

OXENFEL, A.R., Y KELLY, A.O., "Will Successful Systems Ultimately become Wholly-Owned Chains?", *Journal of Retailing*, Vol. 44, N° 49, 1986, págs. 69-83.

PALMIERI, D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1999.

PARDOLESI, R., Il controllo del franchising, in *Quadrimestre*, Giuffrè, Milano, 1987.

PANDOLFINI, V., Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising, in *I contratti*, n. 1/2005.

PARINI, M.M., "Franchising e obblighi di disclosure" a *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Cedam, 2012, págs.783-797.

PASCUAL VICENTE, J., "La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia", *Anuario de la competencia*, N°1, 2002.

PASCUAU LIAÑO, M., "Comentario al art. 1258 del Código Civil", *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I, Edit.Comares, Granada, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- PASWAN, AUDHESK, C., WITTMAN, M., "Intra, Extra, and Internets in Franchise Network Organizations," *Journal of Business-to-Business Marketing*, 11 (1/2), 2004, págs 103-129.
- PAVÓN, G. y FERNÁNDEZ M.S, La Franquicia "Tratado Práctico y jurídico" Eds. Pirámide, Madrid, 2010.
- PAZ-ARES, C., "La terminación de los contratos de distribución", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 223, 1997, págs. 7-56.
- PEDREÑO, P.A., *¿Qué es el Franchising?*, Ediciones Guadiana de Publicaciones, S.A., Madrid, 1973.
- PEINADO GRACIA, J.I., "La protección de los acreedores en el concurso, ¿Quién es el acreedor?", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº 3, 2010, págs. 73 - 103.
- PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999.
- PENROSE, E. T., *The theory of the growth of the firm*, 3ª ed, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- PEÑA NOSA, L., "La franquicia", en *De los contratos mercantiles*, Eds. Ecoe, Bogotá, 2003.
- PEÑA VALENZUELA, D., "Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología", en *Derecho Internacional de los Negocios*, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2003, págs. 165-166.

BIBLIOGRAFÍA

- PERALES VISCASILLAS, M.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996.
- PERALES, N. y VÁZQUEZ, L., “Determinantes de la intensidad franquiciadora: Un enfoque de agencia”, *Investigaciones Económicas* 27, 2003, págs.151-172.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, J. / DE MINGO Y DE AZCARATE, M., “Un estatuto europeo para la franquicia”, *RDM*, N°. 191, 1989, págs. 67-100.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “Contratos de distribución comercial y su problemática jurídica”, *Contratación mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de los Corredores de Comercio, 1999.
- PÉREZ MARTELL, R., “Conflictos en el contrato de franquicia y soluciones a los mismos”, <http://vlex.com/vid/conflictos-solucion-arbitraje-43440903>.
- PÉREZ SANTOS, J., “El contrato de Know-how”, (BISBAL J., y VILADÁS, C., dirs) *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Barcelona, Edit. Ariel, 1990, págs. 186-202.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales*, Edit. Comares, 1993.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en AA. VV., *Estudios de Derecho mercantil: liberamitorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Contratos atípicos en el Derecho mercantil, Derecho Privado”, *Actas del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, 2005, pág. 303 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles (en la *Ley de mediación* y en el *reglamento* que la desarrolla)”, *Revista crítica de Derecho privado*, Núcleo de Derecho civil. Grupo de investigación de la Universidad de la República, N° 11, Montevideo, 2014.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Arrendamientos mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), *Derecho Mercantil, II*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.Javier, “El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, UGR, Granada, 2012.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.Javier., “El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 10, Uruguay, 2013, págs. 381-402.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.Javier, “La vendite a distanza e il perfezionamento del contratto nel diritto spagnolo”, *Le Corti Umbre*, Editorial Scientifiche Italiane, Quadrimestrale di Giurisprudenza Dottrina e Legislazione Regionale, Settembre-Dicembre, 2013, Perugia/Terni, págs.702-744.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.Javier, “Los cambios producidos en la contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas. Un análisis desde el punto de vista de la evolución del ordenamiento jurídico español”, *Revista de Ciencias Jurídica Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, N° 128, Bogotá, 2014, págs.199 a 243.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.Javier, “Uso por un tercero sin causa justa de un signo idéntico o semejante a la marca renombrada”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Instituto de Derecho Industrial, Vol.34 (2013-2014), Marcial Pons, 2014, págs. 553-648.

BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ-SERRABONA GONZALEZ, F.Javier, “El capital riesgo y Biotecnología: problemas, retos y oportunidades”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Granada, 2014 (*en prensa*).
- PERIS, M. F., GUERRERO. P. y ROMERO. M., *Distribución comercial*, Esic, Madrid, 1996.
- PETERS, L., “Franchising to legislate, or not to legislate, that is the question!”, *Diritto del Commercio Internazionale*, Anno VIII, Fasc. 3/4, Giuffrè Editore, Milano, 1.994.
- PETERS, L., “Franchising: le proposte di legge italiane e la legge modello dell'Unidroit sul disclosure. Un confront”, *in Dir. Comm. Int.*, 2002.
- PIETROBON V., *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, 1990.
- PINAUD, N., *Mercado de las franquicias en Chile 2006/2007*, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, Chile, 2007.
- PINTO MONTEIRO, A., Contrato de agencia, Anotação ao Decreto-Lei, Nº 178/86, de 3 de julio, Almedina, 1998.
- PINTO MONTEIRO, A., *Denúncia de un contrato de concessao comercial*, Coimbra Editora, 1998.
- PITTER, P., “Know-how e contratto di know-how”, *Riv. dir. civ.*, Tomo XXIX, 1983, págs. 22-81.
- PLANA PALUZIÉ, A., “El contrato de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, Thomson Reuter Aranzadi, 2013.

BIBLIOGRAFÍA

PLANIOL, M., et RIPERT, G., *Tratado practico de Derecho civil Francés*, Tomo VI, Trad. DÍAZ CRUZ, Edit. Cultural S.A La Habana, 1945.

PLANTEY, A., "El arbitraje internacional en un mundo de cambio", *Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 1995.

POPPO, L., y ZENGER, T., "Do formal contracts and relational governance function as substitutes or complements?", *Strategic Management Journal* 23, 2002, págs. 707-725.

PORFIRIO CARPIO, L.J., "La extinción del contrato de agencia", *RDM*, 1993, págs.1243-1275.

PORTAFOLIO, El Diario de Economía y Negocios: "Franquicias ganan terreno y crecen más rápido que los negocios propios", <http://www.portafolio.com.co>.

Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, págs. 695-698.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho civil", Tomo II, Vol. I, *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1978, pág.173.

PURVIN, Jr., ROBERT, L., Fraude en las franquicias. Protéjase antes y después de invertir, Cía. Edit. Continental, México, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

PUYANA SILVA, D.G., “Desarrollo de las franquicias en el exterior”, *en Observaciones a la política gubernamental sobre las Mipymes*, 2005.

QUINTANA ADRIANO, E.A., “Régimen jurídico de los contratos atípicos”, *Derecho Privado*, (ADAME GODARD, Coord.), UNAM, México, 2004, págs. 267-276.

QUINTANA GARCÍA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, www.lawyerpress.com, 25 de abril de 2013.

QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, 2000.

QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001.

QUIROGA OLAYA, A.F., Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la comunidad andina, *Revista de Derecho Privado*, N° 48, Julio –Diciembre, Universidad de los Andes, 2012.

RABB, D. y MATUSKY, G., *Franquicias. Como multiplicar su negocio*, Edit. Limusa, México, 2002.

RALUCA STROIE, I., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013.

RAMÍREZ, J., GUERRERO, F. y RONDÁN, F. J., “Utilización del análisis conjunto para el estudio de las preferencias de los franquiciadores sobre el perfil de franquiciado”, *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 24, N° 3, 2006, págs. 979-1012.

BIBLIOGRAFÍA

- RAMÍREZ, J. M., “Una primera aproximación sobre los criterios utilizados por los franquiciados en la selección de una enseña franquiciadora”, *XIXC Reunión Anual Asepelt*, Badajoz, 2005.
- RAMÍREZ, J., GUERRERO, F., RONDÁN, F.J., BERBEL, J.M., y BARRERA, R., “Identification of the profile of franchisee preferred by the franchisors that operate in the Spanish market”, *5th International Congress Marketing Trends*, Venecia, 2006.
- RAVASSA MORENO, G.J., “El contrato de franquicia o franchising”, en *Derecho comercial. Bienes mercantiles*, Tomo I, Eds Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.
- RAVASSA MORENO, G.J., “El derecho de la competencia”, en *Derecho mercantil internacional*, Eds. Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, pág.499.
- RAVASSA MORENO, G.J., *Derecho comercial general*, Universidad Santo Tomás, Tomo I, Bogotá, 1994.
- RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*: I. Le fasi del procedimento, Guiffrè, 1996, pág. 54.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Tomo II, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág.1853.
- REICH, N., *Mercado y Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1985.
- REMELLA, A., *Tratado de derecho industrial*, Edit. Civitas, Madrid, 1993.
- RIERA, A., *Realidad Jurídica de las Franquicias en Venezuela*, Venezuela, 2001.
- RIGOL GASSET, J., *La franquicia. Una estrategia en expansión*, Edit. Einia, Barcelona, 1992.

BIBLIOGRAFÍA

RIPERT, G., et BOULANGER, J., "Traite de droit civil", Tomo II, 1957.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Edit. La Ley, Madrid, 2001.

ROCHA LIBREROS, J.C., "Las inversiones internacionales según el tlc", en *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio*, Universidad del Rosario - Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, 2005.

RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil I*, 33ª ed., Marcial Pons, 2010.

RODRÍGUEZ PRIETO, F., "Se regula la mediación civil y mercantil y sus efectos, por el Real Decreto-Ley 5/2012 del 2 de marzo", *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, págs. 15-17.

RODRÍGUEZ RUSSO, J., "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIX, págs. 533-545.

RODRÍGUEZ, L., "A propósito del Franchising", *La Ley*, 29 de julio, Nº 1506, Madrid, 1986.

ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de formación del contrato", *La Ley*, 1982-4, págs.1253 a 1271.

ROITMAN, H., "Franquicia. La ley modelo de Unidroit", *Derecho Privado*, (Coord. ADAME GODARD, J.), UNAM, México 2004, pág. 431.

ROJO, A., "Los grupos de sociedades en el Derecho español", *RDM*, Nº 220, 1996, págs. 457 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ROMERO, J. I., "Usos y costumbres en perspectiva actual", *RDCO*, 2.000, pág. 547.

RONCERO SÁNCHEZ, A., "Análisis del contenido del contrato de licencia de marca desde la perspectiva del derecho de la competencia", en *El contrato de licencia de marca*, Edit. Civitas, Madrid, 1999.

RONCERO SÁNCHEZ, A., *La franquicia*, Madrid, 2003.

RONDÁN, F. J., DÍEZ DE CASTRO, E. C. y NAVARRO, A. (2006b): «La responsabilidad social corporativa: análisis mundial del Asociacionismo en el sistema de franquicia. Los límites de la responsabilidad social de la empresa», *AEDEM*, 2006, págs. 183-198.

RUBIN, P. "The theory of the firm and the structure of the franchise contract", *Journal of Law and Economics* 21, 1978, págs. 223-233.

RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, 2002.

RUIZ DE VILLA JUBANY, J., *¿Por qué un arbitraje en los contratos de franquicia?*, El Derecho Editores, Madrid, 2004.

RUIZ PERIS, J.I., "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *Comentarios a la Ley del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (Dir. PIÑAR MAÑAS / BELTRÁNSÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 1997.

RUIZ PERIS, J.I., "Redes de distribución e intromisión en la clientela ajena: un análisis desde el Derecho de la competencia". *Los contratos de distribución*, la Ley, 2010, págs. 785 - 793.

BIBLIOGRAFÍA

- RUIZ PERIS, J.I., "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *RGD*, Nº 613-614, 1995, págs. 11255-11287.
- RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores", *RDM*, Nº 218, 1995, págs. 1447 y ss.
- RUIZ PERIS, J.I., *Contrato de franquicia mixto de distribución y servicios: análisis comparado de su licitud antitrust en Derecho español y comunitario*, Edit. La Ley, 1992-1.
- RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.
- RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (encroachment)*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2007.
- RUIZ PERIS, J.I., *La responsabilidad de la dominada en Derecho de defensa de la Competencia*, Edit. Tirant lo Blanch, 2004.
- RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Edit. Aranzadi S.A., Navarra, 2000.
- RUIZ PERIS, J.I., "Concurso y empresas económicamente vinculadas", *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Barcelona-Madrid 2005, Marcial Pons, págs. 2289-2312.
- RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., "Deberes de información precontractual respecto a los contratos de colaboración comercial: la nueva ley belga de transparencia de redes", *RDP*, Nº 17, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., “La nueva ley italiana de franquicias”, *DN*, N° 175, 2005.

RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., “La regulación de la franquicia en China”, *DN*, N° 190-191, 2006.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “El contrato de franquicia y sus límites jurídicos”, Granada, Tirant lo Blanch, 2008.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Los acuerdos de transferencia de tecnología: el nuevo Reglamento 772/04 de exención por categoría”, *Cuestiones actuales de derecho mercantil Internacional* (Dir.CALVO CARAVACA / AREAL LUDEÑA), Edit. Colex, 2005.

SACCO, R., “Autonomia contrattuale e tipi”, *RTDPC*, 1966, págs.785 y ss.

SAGNA, A., *Il risarcimento del danno nella reponsabilità precontractuale*, Giuffrè, 2004.

SAGRERA RULL, J., *Comercio en la CEE y estrategias empresariales. Importaciones paralelas, regulación en materia de patentes, marcas, know how y franquicias*, Edit. Bosch, Barcelona, 1989.

SAIZ, S., “India tiende un puente legal a los clubes españoles de fútbol”, *Diario Expansión*, 18 de agosto 2014, Madrid.

SAMMARTINO, S., / ADAMO, G., “Conclusioni del contratto: la fee d'ingresso e la fase di start-up, obblighi dell'affiliante”, in *La Legge 6 maggio 2004 N° 129 : Applicazioni pratiche e giurisprudenziali 2004/2012*, 2012.

SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 34ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- SÁNCHEZ CALERO, F., “El contrato de concesión mercantil y el de franquicia”, en *Principios de Derecho Mercantil* (Rev.SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.), Tomo II, 19ª ed, Thomson Reuters, Madrid, 2014, págs. 159 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “La normativa del contrato de agencia mercantil”, *Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España*, Madrid, 1985.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Edit. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009.
- SÁNCHEZ- PEDREÑO, A., “La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos”, *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, págs.30 y ss.
- SÁNCHEZ- PRESEDO, A., *Los acuerdos de franquicia*, Madrid, 1997.
- SANGIOVANNI, V “Contratto di affiliazione commerciale e doveri delle parti”, in *Studium Iuris*, 2011.
- SANTAMARÍA, J., “Las indemnizaciones por extinción del contrato de distribución o de agencia”, *Economist & Jurist* , Nº 80, mayo 2004.
- SANTINI, G., *El Comercio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988.
- SANTOS BRIZ, J., “Contratos fácticos y atípicos: El contrato como objeto de otro contrato”, *AAMN*, Tomo 20, 1976, págs. 299 y ss.
- SAPONE, N., *La reponsabilità precontrattuale*, Cedam, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- SBISA, G., “Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni”, Tipicità e atipicità nei contratti (Dir. BUSNELLI), *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, nùm. 53, Guiffrè, 1983, págs. 120 y 121.
- SCANNICCHIO, N., “I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori”, Edit. Cacucci, Bari, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Edit. Civitas, Madrid, 2000.
- SHANE, S., “Making new franchise systems work”, *Strategic Management Journal*, 19 (7), 1998, págs.697-707.
- SHANE, S., SHANKAR, V. y ARAVINDAKSHAN, A., “The effects of new franchisor partnering strategies on franchise system size”, *Management Science*, 5, 2006, págs. 773- 787.
- SHANE, S.A., “Making New Franchise System Work”, *Strategic Management Journal*, Vol.19, 1998, págs. 697-707.
- SIGUÉ, S. P. y REBOLLEDO, C., “La franquicia en Colombia: ¿una alternativa a la escasez de recursos o una opción para aumentar la eficiencia?”, *Management International*, Vol. 8, Nº 2, 2004, págs.15- 24.
- SIROTTI – GAUDENZI, *Diritto industriale e diritto della concorrenza*, Vol.1, Utet Giuridica, Milano, 2008.
- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Contratos mercantiles más frecuentes en la empresa*, Eds. DifusiónJurídica, Madrid, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- SOLER MASOTA, P., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria”, *Revista general de derecho*, N° 658-659, 1999.
- SOLER MASOTA, P., “Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia”, *RGD*, N° 604-605, 1995, pág. 575.
- SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013.
- SOLÍS, V. y GONZÁLEZ, M., “La franquicia como estrategia de crecimiento de las PYMES españolas”, en *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro*“, AYALA, J.C. (Coord.), Universidad de la Rioja, 2007.
- STANWORTH, J. y CURRAN, J., “Colas, burgers, shakes and shirkers: Towards a sociological model of franchising in the market economy”, *Journal of Business Venturing* 14, 1999, págs. 323-344.
- STELLA RICHTER, G., *La responsabilità precontrattuale*, Utet, 1996.
- STIGLER, G.J., “Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)”, *RGD*, N°618, 1996, pág.2215.
- STIGLITZ, R., & STIGLITZ, G.A., *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- STIGLITZ, R., *Contratos civiles y comerciales*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- STIGLITZ, R., *Contratos civiles y comerciales*, Parte general, Tomo I, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- STOCKUM, "¿The efficiency Defense for Horizontal Merger: What is the Government Standard?", *Antitrust Law Journal*, 61, 1.993.
- STONER, FREEMAN Y GILBERT, JR., *Administración*, Edit. Prentice Hall, 6ª ed, México, 2006.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, I., "El análisis del crecimiento de la empresa desde la dirección estratégica". *Papeles de Economía Española*, Nº 78-79, 1999, págs.78-100.
- SULLIVAN - GRIMES, *The Law of Antitrust: An integrated Handbook*, West Group, 2.000.
- SUPERVIELLE, B., *El establecimiento comercial. Noción, disciplina, naturaleza*, Rústica Edit. Ex libris, Montevideo, Uruguay, 1953.
- SUPRUN, D., *Contratos internacionales de franquicia*, Universidad Complutense de Madrid, Master Internacional de Derecho Internacional, Madrid, 2013.
- TAGLIENTI, M., MARIANI, G. e ADAMO, G., Tutela del Franchisor in caso di inadempimento contrattuale del Franchisee, *in Applicazioni Pratiche e Giurisprudenziali* 2004/2012, 2012.
- TEROL GÓMEZ, R., *Las Ligas Profesionales*, Edit. Aranzadi, 1998.
- THOMPSON, R. S., "Company Ownership Versus Franchising: Issues and Evidence", *Journal of Economic Studies*, Vol. 19, Nº 4, 1992, págs. 31-42.
- TINTORÉ, A. y GÓMEZ DE LA SERNA, R., "Concesión Mercantil y Distribución", *Economist & Jurist*, Nº 52, julio-agosto 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- TOBÍO RIVAS, A., “El Proyecto de Reglamento de exención en bloque para los contratos de franquicia”, *ADI* 12, (1987-1988), págs. 653-656.
- TOBÍO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 18, 1997.
- TOCATLI, F., *Las franquicias, un efecto de la globalización. 100 preguntas, 100 respuestas. La manera más segura de hacer negocios*, McGraw, México, 2001.
- TOHARIA CORTÉS, J.J., “La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2005, págs.34 y ss.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Nº 1, 189 , 2010.
- TORMO & ASOCIADOS., “La Franquicia: Una Década. Servicio de análisis y estudios”, Madrid, 2011.
- TRACEY, P. y JARVIS, O., “Toward a theory of social venture franchising”, *Entrepreneurship Theory & Practice*, 2007, págs. 667-685.
- TRIPODI, L., PANDOLFINI, *La disciplina del franchising*, Milano, 2004.
- TWOMEY, M.J., *Las corporaciones Multinacionales y el Ttratado de Libre Comercio de America del Norte*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 217-218.
- UBERTAZZI, B., *Il regolamento roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Amsterdam*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997.
- UREBA, A.A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A. y VERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Edit. La Ley, Madrid, 2010.
- URÍA, R., *Derecho mercantil*, I, 33ª ed., Marcial Pons, 2010.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., VERGEZ, M., “El contrato mercantil”, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, dirigido por Uría y Menéndez, Civitas, Madrid, 2001, págs.36-37.
- VACCÀ, C., *Le regole del franchising fra prassi contrattuale e disciplina legislativa, in Contratti d'impresa e trstrizioni verticali*, Milano, 2004.
- VACCÀ, C., “Franchising: una disciplina in cerca di identità,” *Contratto e impresa*, Nº 2, CEDAM, 2004, págs. 870 y ss.
- VACCÀ, C., “Gli accordi di franchising, il controllo sulla formazione del contrato e le condizioni di fine rapporto”, en *Diritto Commerciale Internazionale*, 1990.
- VACCÀ, C., “Gli accordi di franchising, fra disciplina legislativa ed autonomia contrattuale”, *Rivista di diritto dell'impresa*, 2004, Nº 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- VAISER, L., “Efectos de la quiebra sobre el contrato de franchising”, en *Derecho Económico*, Nº 21, 1992.
- VALENZUELA GARACH, F., “El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad”, *La Ley*, 1989 (4), 1144-1157.

BIBLIOGRAFÍA

- VALENZUELA GARACH, F., "El agente comercial", *Cuadernos de la Studia Albornotiana*, Zaragoza, 1986.
- VALENZUELA GARACH, F., "La extinción del contrato de agencia en la Ley 13/1992, de 27 de mayo", *RDN*, 1993, págs.1-9.
- VALENZUELA GARACH, F.Javier, "El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral", *RDM*, Nº 225, 1997, págs.1297-1324.
- VALENZUELA GARACH, F.Javier., "Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante", *en Estudios de Derecho de la competencia* (Coord. por PINO ABAD, M., Font Galán, J.I., 2005, págs. 467-476.
- VAN BAEL. y BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4ª ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005.
- VARGAS ROZO, L., *Riesgos jurídicos del contrato de franquicia internacional en Colombia*, <http://hdl.handle.net/10045/39604>.
- VÁZQUEZ, L., "Las compensaciones en las relaciones de franquicias", *Revista de Economía Aplicada*, 38(13), 2005, págs. 111-122.
- VEELKEN, W., "Comentario al Reglamento 2790/", en IMMENGA y MESTMÁCKER, EG-
Wettbewerbsrecht kommentar, Ergänzungsband Band der 2, Ergänzung, Januar 2001, München, Beck. 2001, pág.5.
- VEGA PENICHET, L., "El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia", *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, Mayo-septiembre, 1988, Nº 5, pág. 321.

BIBLIOGRAFÍA

- VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas”, *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, (Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), Edit. Lex Nova, 2005.
- VELILLA MORENO, M.A., “Contrato de Franquicia”, *en Derecho de Distribución Comercial*, Biblioteca Milenio, el Navegante Editores, Bogotá, 1995.
- VENEZIA, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, Milano, 2004.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, 23 ed, Vol. II, Edit. Tirant Lo Blanch, 2013, págs.1649 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., “La transmisión de derechos de propiedad industrial. Especial atención al contrato de licencia de patente”, (Dir. BISBAL, J., Y VILADÁS, O.) *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Barcelona, Ariel, 1990, págs. 174-185.
- VICENT CHULIÁ, F., “Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera”, *RJC*, Vol. LXXIV, 1975, págs 832-890.
- VIDA CARRIÓN, C., “Las franquicias”, *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, El Derecho Editores, 2006.
- VILASECA, F. y PONT, C., “El contrato de agencia”, *Economist & Jurist N° 51*, junio 2001.
- VILLAGRÁN, L., “Aspectos Legales de la Franquicia en el Ecuador”, en documento recuperado el 10 de agosto de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- VITI, M., "Il contratto di affiliazione commerciale (franchising)", *en Il diritto della distribuzione commerciale*, (a cura di LUCA DI NELLA, LORENZO MEZZASOMA, E VITO RIZZO) ESI, Napoli, 2008, págs. 531-567.
- VÍTOLO, D.R., *Contratos Comerciales, Ad Hoc*, 1ª ed, Buenos Aires, 1993, págs.725 y ss.
- VIVANTE, C., "La proprietà commerciale della clientela", *Riv.Dir.Comm*, Vol. XXVI, 1928.
- VIVIEN CHAU, J.P., "Franchising in china: un fair competition", *IJFL*, Vol.3, I.I, XXVI, 2005.
- VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, Edit. Comares, Granada, 2007.
- WAELBROEK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1997.
- WAELBROEK, M., "The Pronuptia Judgment – A Critical Appraisal", en B. HAWK (ed.), 1986, Fordham Corporate. Law Institute, 1987.
- WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F. y VANDERELST, A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006.
- WILLIAMSON, O., "Transaction cost economics", en R. Schmalensee y R. Willig (eds.), *The Handbook of Industrial Organization*, New York, 1989, págs. 135-182.
- WILLIAMSON, O., *Mercados y jerarquias: sus análisis y sus implicaciones antitrust*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- WISH, R., "Regulation 2790/199: The Commission's new Block exemption for vertical agreements", *CMLR* 387, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

WISH, R. y BAILEY, D., "Regulation 330/2010: The Commission`s new Block exemption for vertical agreements, 47 *CMLR*, 2010.

ZABALETA DIAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

ZANELLI, "Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale", *in Le società*, 6/2010.

ZÁRATE, O., "Motín contra Calderón", *Mundo Deportivo*, 12-12-2006.

ZEIMAN, P., *Franchising news around the world*, presentado en el Congreso de la IFA, Washington, 1997.

ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Edit. Thompsom-Civitas, 2006.

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS
UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SETENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

TRIBUNALES ESPAÑOLES

TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala 1ª) de 16 de Mayo de 1969 (EDJ 1939/340)

STS (Sala 10ª), de 12 de abril de 1972 (RAJ 1972/1812)

STS (Sala de lo Civil) de 14 de Marzo de 1973 (RJ 1973/911)

STS (Sala 18ª), de 24 de mayo de 1977 (RAJ 1977/2138)

STS (Sala 15), de 21 de febrero de 1979 (RAJ 1979/813)

STS (Sala de lo Civil 10ª) de 24 de Octubre de 1979 (RJ 1979/3459)

STS (Sala de lo Civil) de 10 de Octubre de 1980 (RJ 1980/3619)

STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 8 de Julio de 1981
(RJ 1981/5130)

STS (Sala de lo Civil) de 30 de Mayo de 1983 (RJ 1983/2919)

STS de 26 de Enero de 1984 (RAJ 1984/386)

STS de 9 de julio de 1984 (RAJ 1984/3802)

STS (Sala de lo Civil) de 19 de Julio de 1984 (RJ 1984/3812)

STS (Sala 10ª), de 17 de enero de 1985 (RAJ 1985/180)

STS (Sala 10ª), de 15 de mayo de 1985 (RAJ 1985/2393)

STS de 17 de Enero de 1986 (EDJ 1986/658)

STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 24 de Octubre de 1986
(RJ 1986/6052)

STS (Sala de lo Civil) de 23 de Octubre de 1987 (RJ 1987/7470)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

STS de 22 de Marzo de 1988 (RAJ 1988/2224)

STS de 16 de mayo de 1988 (RAJ 1988/4308)

STS de 14 de Junio de 1988 (EDJ 1988/5128)

STS de 16 de Septiembre de 1988 (RAJ 1988/5802)

STS (Sala 10ª), de 23 octubre 1989 (RAJ 1989/6951).

STS (Sala 10ª), de 23 de marzo de 1988 (RAJ 2228)

STS (Sala 2ª) de 27 de Noviembre de 1989 (RJ 1989/9325)

STS (Sala 2ª) de 5 de Diciembre de 1989, (RJ 1989/9433)

STS (Sala de lo Civil) de 27 de Febrero de 1990 (RJ 1990\722)

STS de 4 de Abril de 1990 (EDJ 1990/3761)

STS de 12 de Diciembre de 1990 (RAJ 1990/9995)

STS (Sala de lo Civil) de 10 de Junio de 1991 (RJ 1991\5567)

STS (Sala de lo Civil) de 18 de Junio de 1991 (RJ 1991\5567)

STS de 25 de Mayo de 1992 (RAJ 1992/ 4281)

STS, (Sala de lo Civil) de 11 de Junio de 1992 (RJ 1992\5123)

STS de 15 de Octubre de 1992 (RAJ 1992/7822)

STS de 17 de Marzo de 1993 (RAJ 1993/2289)

STS (Sala 10ª), de 28 de enero de 1994 (RAJ 1994/572)

STS (Sala de lo Civil) de 24 de Febrero de 1994 (RAJ 1994/1259)

STS (Sala de lo Civil) de 28 de Marzo de 1994 (RJ 1994/2525)

STS (Sala de lo Civil), de 2 de Abril de 1994 (RJ 1994\2929)

STS (Sala de lo Civil), de 30 de Mayo de 1994 (RAJ Nº 3764)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

STS (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª) de 30 de Junio de 1994 (RJ 1994\5275)

STS (Sala de lo Civil) de 27 de Octubre de 1994 (RJ 1994\7867)

STS (Sala de lo Civil), de 27 de Septiembre de 1996 (RAJ Nº 6646)

STS (Sala 1.ª), de 27 de septiembre de 1996 (RAJ, núm. 5101).

STS de 21 de Octubre de 1996 (RAJ Nº 7234)

STS de 4 de Marzo de 1997 (RAJ Nº 1642)

STS (Sala de lo Civil) de 07 de Julio de 1997 (RJ 1997\5508)

STS de 30 de Abril de 1998 (RAJ Nº 3456)

STS de 6 de mayo de 1998 (EDE 3157)

STS (Sala de lo Civil) de 3 de Junio de 1998 (RJ 1998\3715)

STS (Sala de lo Civil) de 14 de Junio de 1999 (RJ 1999/4105)

STS (Sala de lo Civil) de 4 de Octubre de 1999 (RJ 1999\7011)

STS de 16 de Diciembre de 1999 (RAJ 8978)

STS de 20 de Enero de 2000 (RAJ Nº 112)

STS (Sala de lo Civil) de 8 de Abril de 2000 (RJ 2000\2354)

STS (Sala de lo Civil) de 17 de Noviembre de 2000 (RJ 2000\9343)

STS de 1 de Febrero de 2001, (RAJ Nº 2231)

STS de 31 de Octubre de 2001, (LA LEY, Nº 5424, 22-11-2001)

STS de 28 de Enero de 2002 (AC, Nº 16, 2002)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de Abril de 2002 (RJ 2002/5106)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de Febrero de 2004 (RJ 2004\639)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

STS(Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de Marzo de 2004 (RJ 2004\2147)

STS de 21 de Octubre de 2005 (BDA RJ N° 8274)

STS de 25 de Octubre de 2005 (BDA RJ N° 9938)

STS de 24 de Noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de Diciembre de 2005 (RJ 2006\169)

STS (Sala de lo Penal Sección 1ª) de 15 de Diciembre de 2006 (RJ 2007/429)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de Enero de 2007 (RJ 2007\1875)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de Junio de 2007 (RJ 2007/5427)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de Julio de 2007 (RJ 2007\5071)

STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 15 de Enero de 2008 (RJ 2008\1393)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de Junio de 2008 (RJ 2008\3305)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de Julio de 2008 (RJ 2008\4369)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 de Octubre de 2008 RJ 2008\7126

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de Marzo de 2009 (RJ 2009\1129)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 30 de Junio de 2009 (RJ 2009\4766)

STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª) de 27 de Septiembre de 2011 (RJ 2011\7229)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº230/2014 de 7 de Mayo (RJ 2014/2477)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Navarra de 7 de diciembre de 1993 (BDA AS 5249)

STSJ de Andalucía de 30 de enero de 1998, (BDA AS 1089)

STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2000 (BDA AS 4521)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004 (BDA AS 1292)

STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2005 (BDA AS 1970)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social Sección 1ª) de 14 de Enero de 2005
(AS 2005\389)

STSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2005 (BDA AS 262786)

STSJ de Castilla y León de 9 de noviembre de 2005 (BDA AS 3391)

STSJ de Castilla y León de 9 de noviembre de 2005 (BDA AS 3391)

STSJ de Extremadura de 10 de enero de 2006 (BDA AS 11)

STSJ de Comunidad de Madrid (Madrid) Nº 43/2013 de la Sala de lo Civil
y Penal de 18 de Junio de 2013 (JUR 2013\285241)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Valencia de 21 de Mayo de 1993 (BDA AC 1024)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 9 de Diciembre de 1996 (AC 1996/2374)

SAP de Barcelona de 16 de Diciembre de 1996 (BDA AC 1650)

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 17 de Diciembre (BDA AC 734)

SAP de Pontevedra (Sección 2ª) de 2 de Mayo de 1997 (BDA AC 1147)

SAP de Murcia (Sección 1ª) de 8 de Mayo de 1998 (JUR 1999/86523)

SAP de Huesca de 20 de Noviembre de 1998 (BDA AC 2476)

SAP de Barcelona (Sección 3ª) de 21 de Abril de 1999 (ARP 1999/1675)

SAP de Madrid (Sección 21ª) de 4 de Mayo de 1999 (AC 1999/8427)

SAP de Vizcaya (Sección 3ª) de 3 de Diciembre de 1999 (BDA AC 7439)

SAP de Gerona (Sección 3ª) de 20 de Marzo de 2000 (ARP 2000\1208)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

SAP de Barcelona (Sección 6ª) de 3 de Abril de 2000 (AC 2000/1894)

SAP de Zaragoza (Sección 4ª) de 10 de Abril (BDA AC 1287)

SAP de Valencia de 28 de Abril de 2000 (BDA AC 1193)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 10 de Mayo de 2000 (BAC 170067)

SAP de Barcelona de 7 de Junio de 2000 (RJ 1996/1408)

SAP de Murcia (Sección 1ª)de 1 de Julio de 2000 (BAC 263194)

SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 18 de Julio de 2000 (JUR 2000/272692)

SAP de Zaragoza (Sección 2ª)de 25 de Julio de 2000 (BCA 834337)

SAP de Asturias (Sección 4ª) de 22 de Enero (BDA AC 959)

SAP de Madrid (Sección 21ª) de 22 de Mayo de 2001 (JUR 2001/251923)

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 11 de Marzo de 2002 (JUR 2002/150731)

SAP de Navarra (Sección 1ª) de 26 de Marzo (JUR 2002/142042)

SAP de Barcelona (Sección 14ª)de 16 de Septiembre de 2002 (JUR 2003/22233)

SAP de Zaragoza de 29 de Noviembre de 2002 (BDA JUR 13826)

SAP de Barcelona de 12 de Febrero de 2003 (BDA JUR 196372)

SAP de Baleares (Sección 3ª) de 21 de Febrero de 2003 (BDA JUR 196646)

SAP de Asturias (Sección 5ª) de 4 de Junio de 2003 (BDA AC 1988)

SAP de Zaragoza de 16 de Septiembre de 2003 (EDJ 112522)

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 16 de Octubre de 2003 (BDA AC 48852)

SAP de Girona de 27 de Noviembre de 2003, (BDA AC 367)

SAP de Cádiz de 17 de Marzo de 2004, (JUR 2004/127559)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de Marzo (BDA JUR 122633)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 30 de Marzo (JUR 2004/128805)

SAP de Barcelona (Sección 11ª) de 2 de junio (BDA JUR 20917)

SAP de Madrid de 2 de junio de 2004 (BDA JUR 226997)

SAP de Barcelona de 10 de Junio de 2004, (BDA JUR 208592)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de Junio (BDA JUR 204042)

SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 15 de Julio, (BDA AC Nº 62)

SAP de Barcelona de 21 de Septiembre de 2004 (BDA AC Nº 1952)

SAP de Madrid (Sección 10ª) de 11 de Marzo de 2005 (BDA JUR 111463)

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 29 de Marzo (EDJ 58432)

SAP de Madrid de 2 de Junio de 2005 (BDA JUR 178850)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de Octubre de 2005 (JUR 2009/412170)

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 25 de Octubre (JUR 2005/719)

SAP de Guadalajara de 28 de octubre de 2005 (BDA JUR 10778)

SAP de Málaga (Sección 4ª) de 30 de Noviembre de 2005 (JUR 2006/155970)

SAP de Álava (Sección 1ª) de 10 de Abril de 2006 (AC 2006/899)

SAP de Navarra de 23 de Marzo de 2007 (AC 2007/1753)

SAP de Lugo de 23 de Noviembre de 2007 (JUR 2008/75110)

SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 30 de Enero de 2008 (JUR 2008/146713)

SAP A Coruña (Sección 4ª) de 28 de febrero de 2007 (JUR 2007/142427)

SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007 (AC. 2006/455)

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 15 de octubre de 2007 (JUR 2008/58697)

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 9 de julio de 2009 (JUR 2009/417842)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- SAP de Madrid de 29 de Abril de 2010 (JUR 2010/324153)
- SAP de Madrid (Sección 14ª) de 5 de Mayo de 2010 (AC 2010/1029)
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 17 de Mayo de 2010 (BDA JUR Nº 388990)
- SAP de Granada (Sección 3ª) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010/356335)
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 20 de Septiembre de 2010
(JUR 2010/386709)
- SAP de Madrid (Sección 20ª) de 19 de octubre de 2010 (AC 2010/1804)
- SAP de Asturias (Sección 7ª) de 13 de Mayo de 2011 (AC 2011/1243)
- SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 18 de Enero de 2011 (JUR 2011/126668)
- SAP de Lleida (Sección 1ª) de 9 de Septiembre de 2011 (JUR 2011/366114)
- SAP de León (Sección 2ª) de 4 de Noviembre de 2011 (JUR 2011/424178)
- SAP de Burgos (Sección 3ª) de 2 de Diciembre de 2011 (JUR 2011/440702)
- SAP de Madrid (Sección 8ª) de 12 de Marzo de 2012 (JUR 2012/136279)
- SAP de Burgos (Sección 3ª) de 5 de abril de 2013 (JUR 2013/181769)
- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº18 de Sevilla de 5 de Abril de 2003
(JUR 2003/69242)

TRIBUNALES COMUNITARIOS

TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (UNIÓN EUROPEA)

- STJCE de 30 de junio de 1966 (C-56/65)
- STJCE de 20 de junio de 1978 (C- 28/77)
- STJCE de 13 de julio de 1966 (C- 56/64)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

STJCE de 14 de diciembre de 1983 (C-319/82)

STJCE de 28 de enero de 1986 (C-161/84)

STJCE de 25 de febrero de 1986 (C-193/83)

STJCE de septiembre de 1988 (C- 65/86)

STJCE de septiembre de 1988 (C- 65/86)

STJCE, de 19 de enero de 1993 (C-89/91)

STJCE de 3 de julio de 1997 (C- 269/95).

STJCE de 23 de noviembre de 1999 (C-376/96)

STJCE de 9 de noviembre de 2000 (C-381/98)

TSJCE de 26 de Octubre de 2001 (C-301)

STJCE de 17 de septiembre de 2002 (C- 334/00)

STJCE de 23 de abril de 2009 (C-533/07)

STJCE de 4 de Junio de 2009 (C-285/08)

STJUE de 8 de diciembre de 2011 (C-275/10)

STJUE de 29 de marzo de 2012 (C-417/10)

STJUE de fecha 7 de febrero de 2013 (C-117/12)

STJUE de la Sala 1ª de 6 de Febrero de 2014 (C-65/12)

Decisión 87/14/CEE, “Yves Rocher” de 17 de Diciembre de 1986 (DOCE L8/49, de 10 de Enero de 1987)

Decisión 87/17/CEE, “Pronuptia” de 17 de Diciembre de 1986 (DOCE L13/39, de 15 de Enero de 1987)

Decisión 87/407, “Computerland” de 13 de Julio de 1987 (DOCE L222/12, de 10 de Agosto de 1987)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SETENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

Decisión 88/604, “Service Master” de 20 de Agosto de 1988 (DOCE L332/38, de 3 de diciembre de 1988)

Decisión 89/94/CEE, “Charles Jourdan” de 2 de Diciembre de 1988 (DOCE L35/31, de 7 de Enero de 1989)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RTDC de 2 de julio de 2001 (BDA ICE Expte. A 177)

RTDC de 16 de julio de 2001 (BDA AC 265)

RTDC de 30 de mayo de 2002 (BDA AC 20)

RTDC de 30 de junio de 2003 (BDA AC 1466)

RTDC de 11 de noviembre de 2004 (BDA JUR 27040)

RTDC de 30 de marzo de 2005 (BDA AC 900)

RTDC de 28 de septiembre de 2005 (Expte. r 642/05)

Resolución de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de 13 de febrero de 2014 (Expte. S/0456/13)

TRIBUNALES EXTRANJEROS

-Sent. Cour d’appel de Bruselas, de 22 de diciembre de 1954 (GRUR Int. 1966, págs. 328-329)

-Sent. Landgericht de Düsseldorf, de 18 de marzo de 1958 (GRUR Int., 1958, pág. 430)

-Sent. de la Corte Suprema de Nueva Jersey de 1960, caso “Henningsen contra Bloomfield” (Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960)

-Sent. Oberlandesgericht de Düsseldorf, de 4 de agosto de 1961 (GRUR Int., 1962, págs. 256-257)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- Sent. del Tribunal de Casación de Sydney en 1962, en el caso “Susser v. Carvel Corporation” (Section 70, 350)

- Sent. Bundesgerichtshof, de 21 de octubre de 1964 (GRUR Int. 1965, págs. 504-507)

- Sent. Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 1 de octubre de 1968, as. Stipa c. Dlx SA (BGE/ATF, 94.II, págs. 355-363)

- Sent. Obergericht de Zúrich, de 29 de noviembre de 1968 (RIW, vol. 15, 1969, pág. 329)

- Sent. de la Corte Suprema USA de 1969, caso “Lear Inc. c. John S. Adkins”, (395 US 653, 23 L. Ed. 2nd.)

- Sent Oberlandesgericht de Hamburgo, de 28 de agosto de 1970(IPRspr,1970, N° 9)

- Sent. de la Corte de Apelación USA de 1972, caso ”Unarco Industries Inc. c. Kelley Co. Inc., (1972, 465, E. 2nd.)

- Sent. Tribunal de grande instance de París, de 22 de noviembre de 1974, es. Bamfords Ltd c. Sperry Rand France (PIBD, 1975, núm. 150, págs. III-228-III-230)

- Sent. de la Corte Suprema USA de 1974, caso “Kevanee Oil Co. c. Bicon Corp. et al”, (416 US 470, 40 L. Ed. 2nd.)

- Sent. Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 22 de abril de 1975, as. Tocal-Werk G.F. Schmidt AG c. Tocal AG (BGE/ATF, 101.II, págs. 293-302)

- Sent. Tribunal de grande instance de Paris de 6 de marzo de 1980, as. Yves Saint Laurant c. Manufacturas Palay (PIBD, 1984, núm. 264, págs. III-169 - III-170)

- Sent. Oberlandesgericht de Múnich, de 15 de febrero de 1980 (IPRax, vol. 3, 1983, págs. 120-124)

- Corte di cassazione Tribunale di Cassazione Civile, Sentenza di 27 febbraio 1985, N° 1699

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- Sent.de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 20 de mayo de 1985, caso "Burger King Corp. v. Rudzewicz" (471 U.S.462 (1985), Nº 83 – 2097)
- Corte di cassazione, Tribunale di Cassazione Civile, Sentenza di 27 febbraio 1985, Nº 1699
- Corte di Cassazione, Tribunale di Cassazione Civile , Sentenza di 28 giugno 1985, Nº 3881
- Sent. Oberlandesgericht de Karlsruhe, de 25 de febrero de 1987 (GRUR Int., 1987, págs. 788-791)
- Sent. Bundesgerichtshot de 21 de febrero de 1989 (IIC, vol. 21, 1990, págs. 883-890)
- Sent. Bundesgericht/Tribunal Fédéral, de 16 de octubre de 1991, as. Domsel (GRUR Int. 1993, págs. 889-890)
- Corte d'Appello di Bologna, Sentenza del 12 febbraio 1994
- Sent. Berufungsgericht de München, de 16 de septiembre de 1993 (NJW 1994, 667)
- Sent. Berufungsgericht de München, de 17 de noviembre de 1996 (NJW 1997, 812)
- Sent. de la Corte Constitucional de Colombia de 23 de Julio de 1997 (C-347)
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 21 de junio de 1999, caso "Neiman v. Dryclean" (Co, 178 F.3d 1126, 1129)
- Sent. Berufungsgericht de München, de 24 de Abril de 2001 (NJW 2001, 1759)
- Corte di Cassazione, sezioni Unite del 30 ottobre 2001, Nº 13533

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- Tribunale Milano, Sentenza del 7 de febbraio 2002 (Gius, 2002, 15, 1638)
- Sent. Berufungsgericht de München, - Sent.Bundesgerichtshof de Düsseldorf, de 24 de febrero de 2005 (NJW 2005 Hoja 18 –1273)
- Sent. Oberlandesgericht de 13 de julio de 2004 (WRP 2004 1378)
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. 4873, Boll. N° 49 del 27 dicembre 2005
- Cass. Civ. Sez. III, 12 aprile 2006, N° 8615
- Cass. Civ. Sez. I, 13 giugno 2006, N° 13674
- Tribunale Ordinario di Venezia, II Sez. civile, Sentenza N° 2415 dell'1/10/2007
- Sent. Berufungsgericht de Schleswig de 22 de enero de 2008 (NJW-RR 2009 6)
- Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, provvedimento N° 20951, Boll. N° 13/2009
- Tribunale di Venezia, Sentenza del 5 giugno 2009, N° 2147/09
- TAR Lazio Roma Sez. I, Sentenza del 16 giugno 2009, N° 5685
- Cass. Civ. Sez. I, 3 luglio 2009, N° 15677
- Cass. Civ. Sez. III, 12 febbraio 2010, N° 3373
- Cass. Civ. Sez. Lavoro, 15 marzo 2010, N° 6205
- Tribunale di Mantova, Sentenza del 16 marzo 2011, N° 49/2011
- The Federal Court of Ohio, April 8, 2011, caso “Bricker v. R&A Pizza”, (Inc., 804 F. Supp.2d 61)
- Tribunale di Milano, sezione XI, sentenza del 17 giugno del 2011
- Sent. del Tribunal de Apelación de Georgia, de 23 de Junio de 2011, caso “Jan-Pro Franchising Int’l, Inc. v. Depianti” (C - 712 S.E.2d 648)

RELACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- Cass. Civ. Sez. I, 15 luglio 2011, N° 15659
- Sent. de la Corte Suprema de Massachusetts, de 31 de agosto de 2011, caso "Awuah v. Coverall North America" (LEXIS 734)
- Tribunale di Ferrara, Sentenza del 15 febbraio 2012, N° 276
- Sent. de la Corte del Distrito Este de Virginia, de 14 de marzo de 2012 caso "Herbrand v. VAP Istanbul Restoran Isletmeleri", (Ltd., N° 1 – 13CV59 TSE/JFA)
- Sent. de 26 de marzo de 2012 de la Corte Federal de Sidney, caso "Competitive Foods v. Yum".

ANEXO

ANEXO

CÓDIGO DEONTOLÓGICO LA FEDERACIÓN EUROPEA DE LA FRANQUICIA, E.F.F.

Sus miembros son asociaciones o federaciones nacionales de Franquicias establecidas en Europa.

La E.F.F. también puede aceptar miembros afiliados, es decir, asociaciones o federaciones no europeas u otras personas jurídicas o físicas, interesadas o afectadas por la Franquicia.

Los afiliados no tienen derecho de voto y no pueden ser administradores de la E.F.F.

El objeto de la E.F.F. es, entre otros, el estudio objetivo y científico de la Franquicia, bajo todos sus aspectos, la coordinación de las acciones de sus miembros, la promoción en general y los intereses de los asociados en particular.

La E.F.F. incluye un Comité Jurídico, compuesto por dos juristas especializados en Franquicias y designados por cada una de las asociaciones o federaciones miembros.

La E.F.F. ha creado, por otro lado, un Comité de Arbitraje, a disposición de las partes que deseen someterle sus eventuales litigios.

La evolución y la importancia creciente de la Franquicia en la economía europea, así como la entrada en vigor del Reglamento de exención global aplicable a los acuerdos de Franquicia desde el 1 de febrero de 1989, han conducido a que la E.F.F. revise su Código Deontológico.

El Código es un manual de buenas costumbres y buena conducta para los usuarios de la Franquicia en Europa; no pretende sustituir los Derechos Nacionales o Europeos existentes.

Dicho Código Deontológico es el resultado de la experiencia y el trabajo de la E.F.F. y de sus miembros (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal y RFA) de acuerdo con la Comisión de la Comunidad Europea. Reemplaza, anticipándose al Mercado Único, al anterior Código Europeo de Deontología

de la Franquicia y a todos los Códigos Deontológicos Nacionales y regionales existentes actualmente en Europa.

Por el solo hecho de su adhesión a la E.F.F., sus miembros acatan el Código y se comprometen a no modificarlo ni enmendarlo de ninguna forma. De todas formas, se reconoce que ciertas necesidades nacionales requieren cláusulas específicas, que no deben estar en contradicción con el Código Europeo y se anexarán al mismo. No se requiere ninguna autorización de la E.F.F. para la inclusión de dichas cláusulas.

Igualmente, cada miembro de la E.F.F., en el momento de su adhesión, se compromete a hacer respetar el Código de Deontología Europeo, por todos los miembros de sus asociaciones y federaciones respectivas.

Este Código de Deontología entrará en vigor el día 1 de enero de 1991.

1.- DEFINICION DE LA FRANQUICIA

La FRANQUICIA es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/s y/o servicios y/o tecnologías, basada en una estrecha y continua colaboración entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes (1), el Franquiciador y sus Franquiciados, en el que el Franquiciador dispone el derecho e impone a sus Franquiciados la obligación de explotar una empresa de acuerdo con sus conceptos (2). El derecho así concedido autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una aportación económica, directa o indirecta, a utilizar la marca de productos y/o servicios, el "know how" (saber hacer) (3) y otros derechos de propiedad intelectual, ayudado por la continua asistencia comercial y/o técnica, en el marco de un contrato de Franquicia escrito suscrito por las partes a este efecto.

2.- PRINCIPIOS RECTORES

2.1.- El Franquiciador inicia una Cadena de Franquicias, constituida por él mismo y sus Franquiciados, en la que debe velar por su continuidad (4).

2.2.- El Franquiciador debe:

a) Haber puesto a punto y explotado con éxito un concepto durante un tiempo razonable y, al menos, en una unidad piloto, antes del lanzamiento de la cadena (5).

b) Ser titular de los derechos sobre los signos de distinción entre la clientela: marcas y signo distintivos (6), (7).

c) Aportar a sus Franquiciados una formación inicial e, igualmente una asistencia comercial y/o técnica continuada durante toda la validez del contrato.

2.3.- El Franquiciado debe:

a) Esforzarse para conseguir el desarrollo de la cadena de Franquicias y el mantenimiento de la identidad común y su reputación.

b) Proporcionar al Franquiciador las bases operacionales con el fin de facilitar la determinación de los resultados y los estados financieros requeridos para la dirección de una gestión eficaz. El Franquiciado y/o sus delegados a tener acceso a su local y a su contabilidad durante horas razonables.

c) No divulgar a terceros el "know how" proporcionado por el Franquiciador, ni durante ni después de la finalización del contrato (8).

2.4.- Las dos partes deben respetar, continuadamente, las siguientes obligaciones:

a) Actuar de forma justa en sus relaciones mutuas. El Franquiciador advertirá por escrito al Franquiciado de toda infracción del contrato y le concederá, si está justificado, un plazo razonable para su reparación.

b) Resolver sus quejas y litigios de forma leal y con buena voluntad, mediante la comunicación y la negociación directas.

3.- RECLUTAMIENTO, PUBLICIDAD Y DIVULGACION.

3.1.- La publicidad para el reclutamiento de los Franquiciados debe estar desprovista de toda ambigüedad y de informaciones engañosas.

3.2.- Todo documento publicitario en el que aparezcan directa o indirectamente resultados financieros provisionales del Franquiciado deberá ser objetivo y verificable.

3.3.- Con el fin de que el futuro Franquiciado pueda comprometerse con pleno conocimiento de causa, el Franquiciador le proporcionará una copia del presente Código de Deontología, así como de una información completa y por escrito respecto a las cláusulas del contrato de Franquicia, en un plazo razonable antes de la firma del contrato.

3.4.- Desde que el Franquiciador propone la firma de un contrato de reserva, se deben respetar los siguientes principios:

- Antes de la firma de cualquier contrato de reserva, el Futuro Franquiciado debe recibir información escrita tanto sobre el contenido de dicho contrato, como de los gastos a los que deberá hacer frente. Si el contrato de Franquicia está firmado, los desembolsos serán devueltos por el Franquiciador o serán válidos a descontar sobre el derecho de entrada, si llega el caso.

-Debe precisarse la duración del contrato de reserva y se debe prever una cláusula de indemnización.

-El Franquiciador puede imponer una cláusula de no competencia y de confidencialidad con el fin de impedir el desvío de la información transmitida durante la duración del contrato de reserva.

4.- SELECCION DE FRANQUICIADOS

El Franquiciador seleccionará y no aceptará nada más que a los Franquiciados que, tras una entrevista razonable, cumplan los requisitos necesarios (formación, cualidades personales, capacidad, etc.) para la explotación de la empresa Franquiciada.

5.- EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

5.1.- El contrato de Franquicia debe estar de acuerdo con el Derecho nacional, el Derecho de la Comunidad Europea y el Código de Deontología.

El contrato reflejará los intereses de los miembros de la cadena de Franquicias, protegiendo los derechos de propiedad industrial o intelectual del Franquiciador y manteniendo la identidad común y la reputación de la cadena de Franquicias (9).

Todo contrato que regule las relaciones Franquiciador/Franquiciado debe ser redactado o traducido por un Traductor Jurado en la lengua oficial del país en el que el Franquiciado esté establecido; las copias del contrato firmado se remitirán inmediatamente al Franquiciado.

5.2.- El contrato de Franquicia debe definir sin ambigüedad las obligaciones y responsabilidades de las partes, así como cualquier otra cláusula de colaboración.

5.3.- Puntos esenciales del contrato de Franquicia:

Derechos del Franquiciador.

Derechos del Franquiciado.

Bienes y/o servicios objeto de la Franquicia.

Obligaciones del Franquiciador.

Obligaciones del Franquiciado.

Duración del contrato, de forma que permita al Franquiciado la amortización de las inversiones específicas de la Franquicia.

Condiciones para la renovación del contrato (10) llegado el caso.

Condiciones en las que se podría realizar una cesión de los derechos del contrato y derecho preferente de compra (derecho de retracto) del Franquiciador.

Condiciones de uso de los signos distintivos: marca, marca de servicios, rótulo, logo y demás.

Derecho del Franquiciador a cambiar el concepto de su Franquicia.

Causas de rescisión del contrato.

En caso de rescisión del contrato antes del plazo previsto, condiciones para que el Franquiciador recupere todo elemento corporal o incorporeal que le pertenezca (11).

6.- MASTER-FRANQUICIA.

Este Código de Deontología no se aplica a las relaciones entre el Franquiciador y su Master-Franquicia.

Por el contrario, se aplica a las relaciones entre Master-Franquicia y los Franquiciados.

A N E X O S

(1) El Franquiciado es responsable de los recursos humanos y económicos y, respecto a terceros, es también responsable de los actos llevados a cabo en el marco de la Franquicia.

Tiene la obligación de colaborar para conseguir el éxito de la cadena a la que está unido.

(2) El "concepto" es la conjunción de tres (3) elementos:

- La propiedad o el derecho de uso de los signos distintivos (maraca, rótulo, razón social, nombre comercial, signos, logos).

- El uso de una experiencia, un "saber hacer".

- Una serie de productos, servicios y/o tecnologías, patentadas o no, que el Franquiciador ha concebido, ha puesto a punto o ha adquirido.

(3) Definición de "saber hacer" (know how):

El "saber hacer" es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del Franquiciador (previamente testadas por él mismo). Es secreto, sustancial e identificable.

"Secreto", significa que el know how, en su conjunto o en el de sus componentes, no es generalmente conocido ni fácilmente accesible: esto no implica el desconocimiento total de cada uno de sus componentes individuales o la imposibilidad de obtenerlos fuera de las relaciones con el Franquiciador.

"Sustancial", significa que el "saber hacer" debe incluir información importante para la venta de los productos o la prestación de servicios a los usuarios finales y, especialmente, para la presentación de los productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera; el "saber hacer" debe ser útil para el Franquiciado, siendo susceptible, en la fecha de terminación del contrato, de mejorar la posición competencial del Franquiciado, en particular, mejorando sus resultados o ayudando a la entrada de un nuevo mercado.

"Identificable", significa que el "know how" debe describirse de forma tan completa que permita la verificación de que cumple con las condiciones de secreto y sustancialidad; la descripción puede hacerse en el propio contrato de Franquicia, en un documento separado o de cualquier otra forma apropiada para ello.

El Franquiciador debe garantizar al Franquiciado el disfrute del "saber hacer" que ha creado y desarrollado. Dicho "saber hacer" es transmitido mediante una información y formación adaptadas al Franquiciado, controlando su aplicación y el respeto al mismo.

El franquiciador debe impedir cualquier utilización o transmisión del "saber hacer", en particular con respecto a cadenas de Franquicias de la competencia, que pueda perjudicar a su propia cadena, tanto en el periodo pre-contractual, como en el contractual y post-contractual.

(4) La cadena de Franquicias se compone del Franquiciador y sus Franquiciados.

Por su organización y desarrollo, la cadena contribuye a la mejora de la producción y/o la distribución de los productos y/o servicios y promover el progreso técnico y económico, reservando a los usuarios una parte justa de beneficio que de ello resulte.

La marca del Franquiciador, símbolo de la identidad y la reputación de la cadena, constituye la garantía de calidad del servicio prestado al consumidor.

Esta garantía se asegura mediante la transmisión y el control del respeto por el "savoir faire" y la puesta a disposición de una gama homogénea de productos, servicios y/o tecnologías.

El Franquiciador se debe asegurar de que el Franquiciado, mediante los términos adecuados, haga saber su naturaleza de empresario jurídicamente independiente.

(5) El Franquiciador tiene la obligación de promocionar su marca, buscar la innovación, los recursos humanos y económicos, etc... de forma que se asegure de la continuidad de su "concepto".

(6) Estos derechos deben tener una duración, al menos, igual a la del contrato.

(7) La imagen de la marca.

El Franquiciador debe garantizar al Franquiciado el disfrute de los signos distintivos puestos a su disposición, principalmente la validez de sus derechos sobre la(s) marca(s).

Igualmente tiene la obligación de conservar y desarrollar la imagen de la marca.

El Franquiciador debe velar para que el Franquiciado respete las normas de uso de la marca y demás signos distintivos.

Al final del contrato, el Franquiciador se debe asegurar de que el antiguo Franquiciado no utilice la marca ni los demás signos distintivos en su propio beneficio.

En caso de exclusividad del uso de la marca en un ámbito territorial determinado, el Franquiciador debe precisar las condiciones: objeto, zona, etc.

Igualmente, el Franquiciador debe asegurarse de que el conjunto de productos, servicios y/o tecnologías ofrecidas al consumidor se adapten a la imagen de la marca; todo ello, mediante una cláusula de compra exclusiva para los sistemas que lo justifican y, sobre todo, para los productos que lleven la marca del Franquiciador.

(8) A este respecto, el contrato podrá prever una cláusula de no competencia durante y al final del contrato, cuya duración y objeto se determinarán teniendo en cuenta en interés de la cadena.

(9) Relaciones contractuales.

El Franquiciador y los Franquiciados saben que colaboran en un sistema en el que sus intereses están unidos, tanto a corto como a largo plazo. El éxito de la Franquicia depende de la elasticidad del sistema y del sentido de la responsabilidad de cada uno de ellos.

Por lo tanto, sus relaciones deben permitir un seguimiento de la evolución de la cadena, necesario para la mejora de su funcionamiento y la satisfacción de los consumidores.

El contrato debe reflejar la estrategia de la cadena de Franquicias, incluyendo los medios necesarios para el desarrollo de los objetivos.

En función del interés de la cadena de Franquicias, se debe apreciar de forma global el equilibrio del contrato, que debe favorecer el diálogo y las soluciones de conciliación.

El Franquiciador tiene la obligación de informar al Franquiciado, con preaviso suficiente, de su intención de no renovar el anterior contrato o de no firmar uno nuevo, llegado su término.

(10) El Franquiciador, habiendo señalado en el contrato las condiciones de uso y provisionamiento de los materiales específicos de la Franquicia, no busca penalizar al antiguo Franquiciado, sino proteger la identidad y reputación de la cadena de Franquicias.

(11) El Franquiciador, habiendo señalado en el contrato las condiciones de uso y aprovisionamiento de los materiales específicos de la Franquicia, no busca penalizar al antiguo Franquiciado.

RESUMEN

RESUMEN

En los últimos años el mercado mundial ha experimentado un vertiginoso proceso evolutivo conocido como la “globalización”, que ha afectado no solamente el tradicional modelo de los negocios, sino que ha incidido directamente en todos los ciudadanos, pues aunque ostenta un carácter general, es esencialmente un “fenómeno social”. Este proceso de “mundialización” ha venido eliminando las barreras económico políticas a la libre circulación de factores productivos, ha permitido la disminución de las distancias físicas por medio de avances tecnológicos, y ha aumentado la proliferación de acuerdos contractuales realizados por empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un modelo de empresa tan relevante y proliferado en nuestro días como es la franquicia.

A pesar de que el mundo continúa dividido en Estados, con un poder ejecutivo, legislativo y judicial independiente, esta segmentación del territorio mundial es considerada actualmente como “artificial” desde dos ópticas distintas: la óptica económica y personal. En el primer caso, las fronteras políticas no han limitado la existencia de un mercado global, pues al eliminarse las barreras a los intercambios comerciales internacionales, los factores de producción pueden circular sin restricciones. En el segundo caso, las personas pueden relacionarse libremente sin que los límites territoriales sean ahora un obstáculo insalvable. Es por eso, que el fenómeno de la globalización ha potenciado las relaciones internacionales ya sea de índole patrimonial o personal, ha provocado la existencia de una liberalización de los intercambios comerciales, elevando el número de las transacciones internacionales de bienes y servicios, y a su vez, incrementando el flujo transfronterizo de capitales, que se desenvuelve, ya no en mercados individuales y perfectamente delimitados, sino en una irreversible tendencia a un mercado único.

En este contexto, es imprescindible a su vez pensar en el fortalecimiento del mercado interno, de crear nuevas alternativas que impulsen el desarrollo desde lo local con mejores estrategias gerenciales que poco a poco desdibujen los viejos paradigmas del mercado. Es entonces cuando se avizoran las interesantes oportunidades que las franquicias tienen para los inversionistas con el afán de robustecer la dinámica del mercado interno bajo un estilo de negocios seguro y confiable al mediano y largo plazo. El modelo de franquicias en nuestro país ha venido cobrando una especial importancia en la actualidad ya que su versátil modelo permite a los franquiciados adoptar un modelo exitoso de negocios y a su vez adquirir la disciplina propia del franquiciador, la cual catapulta su modelo de negocio a otras latitudes y a su vez la enriquece creando un círculo virtuoso para ambos, y además de igual manera al poder establecer las estrategias de negocio en otros mercados con distintas tradiciones y costumbres, la marca se nutre de nuevas tendencias y satisface nuevas necesidades.

En la actualidad, las empresas pueden acudir a distribuidores independientes, a agentes que conservan un alto grado de dependencia, o a modelos de colaboración empresarial como el que nos ocupa, la franquicia; pero es precisamente en este entorno de comercio, donde se encuentra la figura jurídica que permite los intercambios comerciales nacionales o transnacionales: el contrato.

La importancia del contrato en la franquicia y en el panorama del mercado y del comercio globalizado es indiscutible. Con el presente estudio, no pretendemos señalar que el contrato de franquicia sea más importante que el resto de las instituciones jurídicas de Derecho privado o que el resto de la multitud de negocios y de iniciativas que se vienen poniendo en práctica, sobre todo en épocas de crisis; lo que ocurre es que estos negocios nacionales –e internacionales-, han desembocado en transacciones tan cotidianas y relevantes en el mundo empresarial de hoy, que ignorar su estudio y análisis sería un absurdo, lo cual

significaría, ni más ni menos, que estar de espaldas a la realidad. Recordemos que jurista debe ser un intérprete de su tiempo, y su obligación es estar atento a los cambios que se presentan en el seno del mercado, el cual, dado su proceso evolutivo y cambiante, se desarrolla bajo unas “tendencias”, y demanda unas “necesidades”. Así pues, inexorablemente, habrá de adaptar el Derecho a una nueva realidad *jurídica* y económica, se deberán sugerir y adaptar *nuevos* modelos de negocio más integradores, con menores márgenes de riesgo, y con una regulación –la cual demandamos nosotros también con total humildad y convencimiento asumido durante nuestro estudio-, acorde a una realidad legislativa que requeriría un contrato con múltiples interpretaciones jurídicas, un contrato que con la actual diversidad jurídico-obligacional que en la práctica alcanza, merecería tener como referente la libre autonomía de la voluntad, sin duda, pero no estar amparado (o regulado) única y casi exclusivamente, en ella.

El contrato de franquicia constituye una figura contractual de relativa novedad que ha alcanzado un notorio auge y desarrollo en los actuales tiempos, sobre todo con la serie de transformaciones económicas, dirigidas principalmente a fortalecer la apertura comercial y la economía de mercado.

En particular, nuestro trabajo se orienta a examinar el contrato de franquicia adaptado a esa nueva realidad jurídico-económica, a las nuevas tendencias y las nuevas necesidades del mercado, y lo llevamos a cabo, recurriendo al concurso y ayuda del Derecho comparado, así como las cada vez más comunes aportaciones realizadas por instituciones y organizaciones nacionales, supra nacionales y, por supuesto, la doctrina en general. Aunque este estudio está dedicado al análisis exhaustivo del contrato, examinaremos igualmente su realidad económico-jurídica y su propio entorno, al igual que su incidencia en las normas que se están desarrollando en el proceso legislativo positivo, sirviéndonos de simple referencia tanto la legislación anterior (acaso ya no vigente) como las construcciones doctrinales que han consolidado la figura, evitando, por ello, una repetición de

ideas y de postulados, conocidos y admitidos. No solo analizaremos, pues, la regulación legislativa que se ha ocupado de la materia, sino la (ciertamente escasa e insuficiente) legislación vigente y la que necesariamente debe estar por llegar –el Derecho proyectado-, ya que esta última sin duda será -y de hecho ya está siendo-, acicate para la ansiada y propia completa regulación de este contrato.

Para elaborar la investigación, como es sentido casi unánime por todos los juristas, ninguna de las diversas orientaciones metodológicas que en la actualidad se nos ofrecen, satisfacen por sí solas las aspiraciones que en un trabajo jurídico-científico contemporáneo habría que desarrollar (tanto los métodos formalistas, normativistas, conceptualistas, realistas, finalistas, etc.), aunque bien es verdad que deberían concretarse antes de iniciar la actividad investigadora. Dichos métodos que pueden considerarse válidos en sí mismos, lo que hacen verdaderamente comprometido, es optar entre la elección de uno o la combinación metodológica adecuada para realizar el estudio objeto de investigación. En cualquier caso, en el que nos ocupa, debemos afirmar que en él no hemos abandonado el estudio del Derecho positivo –aunque en esta materia la normativa jurídica que afecta y existe en relación directa con la franquicia, sea escasa-, ya que él mismo, se convierte en el eje donde giran todas nuestras hipótesis. No obstante, para establecer un punto permanente de referencia, hemos hecho uso de las herramientas que nos ofrecen los métodos tradicionales en donde hemos sido formados y donde sobre todo, creemos que se ofrecen mayores garantías de desarrollar con acierto esta actividad investigadora; así pues, hemos procedido al estudio del Derecho español, del Derecho comparado –de modo particular en los Ordenamientos que hemos conocido más cercanamente en nuestro período formativo y de investigación- y, señaladamente del acervo comunitario, todo ello con un espíritu crítico atento a la posible existencia de incongruencias y lagunas entre el hecho y el Derecho, entre la realidad y la norma, que a veces ignora a

ésta y teniendo por tanto como permanente mecanismo de verificación, la propia realidad subyacente del mercado. La reflexión histórica, a pesar de la novedad de la figura, también ha sido necesaria, lo que permite conocer la evolución del modelo.

Toda actividad comercial está inmersa en una serie de “contingencias”, las cuales producen que el empresario desarrolle su actividad bajo un ambiente de incertidumbre; nuestro trabajo tiene varios objetivos como son; estudiar el rol que desempeñan el contrato adaptado a las nuevas tendencias y necesidades que demanda el mercado actual; examinar todos los rasgos inherentes que forman el mismo en todo el *iter negocial* del contrato, desde los denominados tratos preliminares, hasta la terminación o extinción del mismo; analizar la figura contractual citada, partiendo de numerosos estudios doctrinales y con la importante aportación jurisprudencial que sobre el mismo existe, en aras de una buena negociación de estos acuerdos, ordenando, identificando y examinando los principales problemas que él mismo pueda suscitar; igualmente y llegado el caso, esta investigación –aunque sea de manera tangencial-, podría cumplir un nuevo objetivo de ser un incentivo para todos aquellos que deseen emprender un nuevo tipo de negocio, de sociedad, en definitiva de empresa mercantil, cuyo presente es incluso atractivo empresarial y económicamente, dentro de las circunstancias que lo condicionan y cuyo futuro está lleno, si no de garantías de éxito, sí, de posibilidades y de optimistas perspectivas; igualmente tiene como objetivo estimular nuevas investigaciones jurídicas (también por nuestra propia parte) que inciten y ayuden de alguna manera al legislador, reivindicando una regulación específica de la figura, merecida en nuestra opinión para esta institución jurídica; pero sobre todo, lo que pretendemos con su estudio es que aunque en algunas ramas de Derecho positivo, se ha de poner en primer plano, la interpretación del Derecho en vigor, esto no quiere decir que en conocer su espíritu, en su crítica y en su transformación no tengamos competencia y

obligación cada uno de los juristas que nos adentramos en este –para algunos que nos comprometemos con ello, afortunado y gratificante-, mundo de la investigación, por lo que a lo largo de la misma hemos ido aportado –siempre con la mayor humildad y cautela posible-, nuestras propias argumentaciones, reflexiones y observaciones conclusivas para el desarrollo contractual de dicha institución jurídica.

La base de nuestra investigación la hemos llevado a cabo mediante el estudio de la norma positiva: de la solución legislativa dada por el legislador español y europeo a los diferentes problemas que puedan plantearse e igualmente (y en nuestro caso debido a la escasez de regulación) de la correspondiente solución ofrecida por otras legislaciones y Convenios Internacionales. Por ello el método seguido, en este sentido, ha sido igualmente el exegético, si bien combinado por la propia naturaleza y pretensión del trabajo con el histórico comparativo y con el análisis de la documentación y material utilizado por los agentes contratantes, siguiendo como es lógico, con las aportaciones de la doctrina jurídica y, nuestras argumentaciones y reflexiones propias. Junto a la norma, la estructura social y los factores económicos que la condicionan, los actores (elementos personales de la relación contractual y terceros), el contenido contractual y el proceso de formación del contrato y el desenvolvimiento de la figura en el mercado. De nuevo se revela como adecuado y válido el clásico método “de la atenta observación de la realidad”, en el que hemos evitado caer en errores de percepción, en desfases temporales o en consideraciones fragmentarias, sirviendo los otros métodos como factores de corrección.

La presente investigación se estructura en siete capítulos (y, en ellos, sus diferentes Secciones que lo ordenan) independientes uno de otro pero no compartimentos estancos y sin relación. Muchas de las cuestiones que se tratan en nuestro trabajo (Derecho comparado, derechos de los contratantes, contenido contractual, decisiones jurisprudenciales, etc.), aún disponiendo de su propio

lugar, su propio capítulo, se consideran a lo largo de todo el estudio de forma transversal, pues entendemos que la consideración de la figura –la franquicia, el contrato de franquicia- es más armónica y más adecuada de este modo. Conviene también advertir que son varios los sectores que se relacionan con la franquicia y a ellos, con menor o mayor amplitud, hemos querido aludir y dar opinión o solución cuando ha cabido y hemos sabido aportarla pero nuestro objeto fundamental de estudio ha sido el contrato en sí como nuevo modelo de negocio que ha sido creado, perfilado y elegido por los agentes económicos, para encontrar una respuesta y una solución a las nuevas necesidades del mercado.

El *primero* de los Capítulos, lo destinamos a reflejar las razones por las que nos hemos inclinado a abordar la investigación, al igual que resaltamos el contenido jurídico-privado de la franquicia como institución jurídica y como realidad social. Sirve como introducción y justificación de nuestro estudio.

A continuación, en un *segundo* capítulo, hemos abordado las condiciones generales y el régimen de la franquicia como negocio jurídico, analizando la misma desde las distintas perspectivas, y ahondando sobre las ventajas e inconvenientes que tiene el utilizar dicho modelo de negocio.

Siguiendo el orden secuencial de la investigación plasmamos en el capítulo *tercero* su regulación jurídica, en donde atendida su condición de contrato legalmente atípico, aunque no innominado, consideramos oportuno en este momento, a partir de la “realidad económica” (como aconsejaba el maestro GARRIGUES), exponer sus principales notas caracterizadoras, distinguiéndolo de otros contratos o figuras afines, y procediendo a su delimitación tipológica, identificando las prestaciones socialmente típicas, que lo caracterizan. Comenzamos estudiando la experiencia normativa española, incluyendo en la misma sus respectivas normas legales que de forma indirecta o incompleta han venido a regular, de modo muy sectorial, la franquicia (Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista), y continuamos con un

compendio de normas –algunas de reciente reforma en nuestro días- que tienen de alguna u otra forma incidencia en el objeto de nuestro estudio. Para que nuestro estudio no quede incompleto, se hace necesario también considerar las normas aprobadas, refrendadas e incluso, publicadas por la Administración, y por ende, convertidas en reglas de obligado cumplimiento o de necesario sometimiento a las mismas, lo que les hace perder su carácter de fuentes discutidas o pretendidas, para englobarse en el conjunto de fuentes legales, si bien de origen convencional.

Una vez realizado el análisis de los aspectos jurídicos obligacionales del contrato de franquicia, dotando de la información necesaria que permita el conocimiento y facilite la comprensión del fenómeno que constituye la franquicia - información que a la par pondrá de relieve su importancia capital en el conjunto de la actividad económica y real de nuestro mercado-, nos adentramos en el *cuarto* capítulo de la investigación -caracterizado por su extensión, pese al esfuerzo sintetizador que hemos intentado realizar, pero esencial para el objeto de la investigación-, en donde ponemos de relieve y justificamos la necesidad de que el jurista comprenda y asuma la verdadera trascendencia del cambio paradigmático al que debe hacer frente con la implantación de este contrato, al igual que guiarle por todo su entramado *negocial*. Pues bien, en dicho capítulo consideramos la relación contractual de la franquicia, como una categoría específica de contratos, es decir, entramos a delimitar el supuesto de hecho objeto de la presente investigación, abordándolo con la vista puesta en la Derecho aplicable, no únicamente desde el ámbito español, sino también desde el punto de vista europeo e internacional. Ello justifica la atención que dispensamos en todo momento al Derecho comparado y su correspondiente aportación jurisprudencial. El estudio concreto del contrato o acuerdo lo iniciamos definiendo los aspectos generales del mismo, sus elementos principales, haciendo hincapié en el elemento sustancial y primordial –a parte de los elementos personales, franquiciador y

franquiciado, habiendo tenido presente, de forma deliberada, al consumidor o destinatario de los productos-, de este contrato, el *know-how*, y continuamos con el proceso de negociación contractual, esto es, con todo el *modus operandi* que conforman cada una de las cláusulas aplicables a dicho acuerdo – resaltando en todo momento los posibles efectos propiciados por el incumplimiento de dichas cláusulas-, al igual que analizando el siempre controvertido tema de la responsabilidad que afrontarán ambas partes contratantes. Finalizaremos dicho capítulo señalando las principales causas de terminación del presente contrato y sus consecuencias jurídicas.

En siguiente capítulo ~~–quinto–~~, estudiamos, ya específicamente, el contrato de franquicia en el ámbito del Derecho comparado; tras una primera aproximación normativa comunitaria –y su relación con el derecho interno español- nos detenemos en los principales países europeos donde se desarrolla este modelo, extendiéndonos en Italia, donde la regulación jurídica de la franquicia si es una realidad desde el 6 de mayo de 2004 (atención especial que se debe a la novedad legislativa que motivó, en gran medida, la realización de nuestra investigación, en una estancia académica, en aquel país). A continuación vemos el tratamiento que se acoge en diferentes continentes y sistemas culturales y jurídicos a dicha figura, sus regulaciones, su actividad y devenir, así como los principales problemas jurídicos que suscitan los mismos y que en ocasiones podrán servir como referencia para el Derecho español.

En el capítulo **sexto**, consideramos la necesaria e indispensable aportación jurisprudencial, con distintos supuestos concretos del Tribunal de Justicia de la CEE (UE), y por supuesto de la jurisprudencia española al igual que el resto de jurisprudencia internacional referente a la materia. Si bien, como en todos los sectores de la contratación, ha sido la decisión judicial la que ha dado solución a los conflictos entre los contratantes, la nueva realidad (incluso la nueva realidad legal) ofrece nuevos mecanismos: por ello, señalaremos también los distintos

sistemas alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje, indispensable en este tipo de contratos por su esencia y el fin que persiguen; también observaremos que debido a la ausencia de auténticas relaciones competenciales en el mercado entre los empresarios vinculados por este contrato de franquicia - más bien siguen un interés paralelo y, al fin, común-, propiciado por esas circunstancias, los conflictos habrán de resolverse de modos diferentes a los que se ofrecen para ello y habrán de buscarse y encontrarse otras vías de solución a tales conflictos, menos traumáticas, más *conservativas* (de las relaciones contractuales), sin tener que remitirlos a la decisión final de terceros; importantes, atractivas y, en cierto modo, novedosas vías o sistemas, donde los posibles conflictos pueden ser resueltos por las partes implicadas e interesadas en una solución útil para ambos, que no necesariamente debieran ser consideradas desde posiciones antagónicas; de ahí nuestro estudio de la mediación mercantil aplicada a la franquicia. También consideraremos otros posibles métodos y la existencia de figuras (un *ombudsman* especializado), propias de algunos ordenamientos.

Para finalizar la investigación hemos considerado necesario e imprescindible estudiar, analizar y aportar en este último capítulo *séptimo*, las perspectivas de futuro que radican en esta institución, aplicando la misma a otros ámbitos empresariales de sumo interés, como los referidos a la hostelería o el deporte, que no se considerarían, en principio, como meros contratos de distribución comercial. Y es que este contrato parece no tener límites como modelo de negocio para unas realidades y un mercado que sorprende por su novedad y renovación constante. Ha sido en este punto, en el que se reflexiona sobre el futuro desarrollo de la franquicia, donde hemos considerado adecuado, incluir nuestra consideración sobre el Derecho proyectado español. Un Proyecto de Ley específico sobre contratos de distribución, relativamente reciente e inspirado en gran medida por otras normas del entorno (el texto legislativo italiano, en concreto al que a veces sigue de forma literal), fue abandonado por el

legislador (que llevó a cabo alguna iniciativa sectorial –también fracasada-). La presentación de una muy ambiciosa obra jurídica, la *Propuesta* de un Código mercantil, auguraba una regulación conjunta de los contratos de distribución en nuestro país con algunas normas y disposiciones específicas y propias para la franquicia. Publicado ese texto, ya en 2014, como Anteproyecto de Ley, se ha suprimido cualquier referencia a la materia. La sensación es, pues, de pesimismo, aunque se proponga por nuestra parte, una atención concreta del legislador.

El desarrollo de nuestra investigación, termina con las observaciones conclusivas finales a las que hemos llegado tras nuestro estudio con aportaciones personales, e incluso, con algún interrogante, que a buen seguro, se resolverá en breve espacio de tiempo, pues como comenzábamos nuestra investigación, el *nuevo* contrato de franquicia – y el Derecho en general-, deberá adaptarse a “las nuevas tendencias y necesidades del mercado”. Esas notas finales se ofrecen como conclusiones de la investigación y propuestas concretas.

El estudio no se trata de una obra acabada, o que responda a todas las inquietudes que un profesional o un estudioso del Derecho pueda formular –quizás la investigación de una figura no puede acabarse nunca pues ésta nunca será, además, igual- , sino más bien es una guía y un sencillo aporte a la doctrina sobre un contrato de extraordinaria, de *vital* importancia y relevancia en el mercado globalizado en el que nos encontramos necesariamente inmersos. Por tanto si algún mérito le corresponde a esta investigación, no es el de presentar todas las respuestas que exige el *nuevo* modelo de negocio de franquicia, sino que, por el contrario, su valor puede residir en lo que ha sido nuestra pretensión, presentar nuestras reflexiones y nuestras conclusiones a un mejor criterio, formulando posiciones y aportando criterios que puedan ser tenidos en cuenta tanto por quienes tengan la responsabilidad de decidir como por los que continúen esta línea de investigación, para la que dispondrán de un nuevo estudio sobre el contrato, que hemos querido hacer lo más completo posible. En esta misma idea

se orienta la referencia bibliográfica y jurisprudencial que acompaña al texto, amplia pero limitada a la consultada, que hemos considerado imprescindible incluir completa más allá que su mera referencia a pie de página. Se ha creído de interés que figure como Anexo el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, elaborado por la Federación Europea de la Franquicia.

Además con nuestra Tesis Doctoral esperamos que estas aportaciones, nos permitan entender y afrontar los retos que se ciernen por la globalización de los mercados y la producción, y que este valioso instrumento jurídico de negocio, que en todas las ocasiones ayuda a paliar y generar empleo, propicien una nueva mentalidad para el Derecho privado del siglo XXI; el Derecho de los negocios, el Derecho del mercado.

RIASSUNTO

Negli ultimi anni il mercato mondiale è stato caratterizzato dal fenomeno della “globalizzazione”. Questo vertiginoso processo ha interessato non solo il tradizionale modello dei commerci, ma ha anche inciso direttamente su tutti i cittadini, poiché, sebbene abbia un carattere generale, è essenzialmente un “fenomeno sociale”. Il processo di mondializzazione ha permesso di eliminare le barriere economico-politiche alla libera circolazione dei fattori produttivi, di ridurre le distanze fisiche attraverso miglioramenti tecnologici e ha aumentato la proliferazione di accordi contrattuali realizzati da imprese giuridicamente indipendenti, però economicamente vincolate e relazionate tra loro che hanno deciso di adottare la figura contrattuale del franchising, un modello di impresa di grande rilievo e molto diffuso ai nostri giorni.

Nonostante il mondo continui ad essere diviso in Stati, con un potere esecutivo, legislativo e giudiziario indipendenti, questa segmentazione del territorio è considerata attualmente “artificiale” sia dal punto di vista economico sia da quello personale. Nel primo caso, le frontiere politiche non hanno limitato l’esistenza di un mercato globale. Una volta eliminate le barriere agli scambi commerciali internazionali, infatti, i fattori di produzione hanno potuto circolare senza restrizioni. Dal secondo punto di vista, le persone ora possono relazionarsi liberamente senza che i limiti territoriali siano un ostacolo insuperabile. Per questo, il fenomeno della globalizzazione ha potenziato le relazioni internazionali sia di carattere patrimoniale che personale e ha incentivato la liberalizzazione degli scambi commerciali, elevando il numero delle transazioni internazionali di beni e servizi e incrementando il flusso transnazionale di capitali nella prospettiva di un mercato unico.

In questo contesto, il mercato interno si è rafforzato e si sono create nuove alternative per stimolare lo sviluppo locale con migliori strategie amministrative, che permettano di superare progressivamente i vecchi

paradigmi del mercato. Proprio qui si inseriscono le interessanti opportunità che il franchising offre agli investitori il cui obiettivo è rafforzare la dinamica del mercato interno attraverso un commercio sicuro e affidabile a medio e lungo termine. Il franchising nel nostro paese ricopre attualmente una speciale importanza, poiché il suo carattere versatile permette di adottare un modello di commercio di successo. Inoltre, la disciplina del fornitore catapulta il suo modello di commercio ad altre latitudini e lo arricchisce creando un circolo, che permette di stabilire strategie di commercio in altri mercati con distinte tradizioni e costumi. In questo modo, il marchio si nutre di nuove tendenze e soddisfa nuove necessità. Attualmente, le imprese possono ricorrere a distributori indipendenti, ad agenti che conservano un alto grado di dipendenza o a modelli di collaborazione imprenditoriale come il franchising.

Proprio nell'ambito del commercio, si trova la figura giuridica che permette gli scambi commerciali nazionali o transnazionali: il contratto. L'importanza del contratto di franchising in un mercato caratterizzato da un commercio globalizzato è indiscutibile. Con il presente studio, intendiamo dimostrare che il contratto di franchising è più importante del resto delle istituzioni giuridiche di diritto privato o del resto della pluralità di negozi e di iniziative che si stanno applicando, soprattutto in epoche di crisi. Questi negozi nazionali -e internazionali- sono sfociati in rilevanti transazioni quotidiane nel mondo imprenditoriale di oggi, tanto che ignorare il loro studio e la loro analisi sarebbe una cosa assurda: significherebbe, né più né meno, non guardare in faccia la realtà. Ricordiamo che il giurista deve essere un interprete del suo tempo e ha l'obbligo di stare attento ai cambi che interessano il mercato, che, per il suo carattere mutevole, è caratterizzato da alcune "tendenze" e richiede alcune "necessità". Perciò, inesorabilmente, il diritto si dovrà adattare alla nuova realtà giuridica ed economica, dovrà suggerire e adottare nuovi modelli di commercio più integrati, con minori margini di rischio, e con una regolazione

conforme a una realtà legislativa che richiede un contratto suscettibile di molteplici interpretazioni giuridiche, un contratto che meriterebbe di avere come punto di riferimento la libera autonomia della volontà, ma non di essere protetto (o regolato) unicamente e quasi esclusivamente da questa.

Il contratto di franchising costituisce una figura contrattuale relativamente nuova che ha raggiunto un forte sviluppo in questi anni, soprattutto a causa delle trasformazioni economiche, che hanno incentivato l'apertura al commercio e all'economia di mercato.

In particolare, il nostro lavoro intende analizzare il contratto di franchising nella nuova realtà giuridico-economica, le sue nuove tendenze e le necessità del mercato, attraverso l'uso del diritto comparato e lo studio dei contributi provenienti dalle istituzioni e organizzazioni nazionali, sovranazionali e dalla dottrina in generale. Sebbene questo studio sia dedicato all'analisi esaustiva di questo contratto, esamineremo anche la realtà economico-giuridica e il contesto in cui si è sviluppato, la sua incidenza sulle norme che si sono adottate, facendo riferimento sia alla legislazione precedente (non solamente vigente) che alle costruzioni dottrinali che hanno permesso di consolidare la figura. Non analizzeremo solo la regolazione a livello legislativo in materia, ma anche la legislazione vigente (senza dubbio insufficiente) e quella in fase di adozione, dal momento che quest'ultima stimolerà -e di fatto già lo sta facendo- la completa regolazione di questo contratto.

Per realizzare questa ricerca, come solitamente succede tra i giuristi, nessuno dei diversi orientamenti metodologici che ci sono offerti riescono a soddisfare le aspirazioni a cui un lavoro giuridico-scientifico contemporaneo dovrebbe tendere (i metodi formali, normativi, realisti, finalistici, etc.). Questi metodi che possono essere considerati validi in sé, sono in realtà pericolosi, dal momento che optano tra la scelta di uno o la combinazione metodologica

adeguata per realizzare lo studio oggetto di questa ricerca. Ad ogni modo, è importante osservare che non abbiamo abbandonato lo studio del diritto positivo -sebbene in questa materia la normativa giuridica esistente direttamente relazionata al franchising sia scarsa. Ciò nonostante, per stabilire un punto permanente di riferimento, abbiamo fatto uso di strumenti che ci sono offerti dai metodi tradizionali dove sono stati formati e dove soprattutto crediamo che si offrano maggiori garanzie di sviluppare con successo questa attività di ricerca.

Perciò abbiamo proceduto allo studio del diritto spagnolo, del diritto comparato -in modo particolare degli ordinamenti che abbiamo conosciuto più da vicino nel nostro periodo di formazione e di ricerca- e, soprattutto del diritto dell'Unione europea, con uno spirito critico e attento alla possibile esistenza di incongruenze e lacune tra fatto e diritto, tra la realtà e la norma, che a volte quest'ultima ignora, considerando il mercato un meccanismo permanente di verifica. E' stata, inoltre, necessaria una riflessione storica, nonostante la novità della figura, dal momento che permette di conoscere l'evoluzione del modello.

Ogni attività commerciale è immersa in una serie di "contingenze" che costringono l'imprenditore a sviluppare la propria attività in un ambiente insicuro. Per questo il nostro lavoro ha vari obiettivi, tra cui: studiare il ruolo svolto dal contratto in relazione alle nuove tendenze e alle necessità della domanda nel mercato attuale; esaminare tutte le caratteristiche intrinseche che presenta l'iter negoziale del contratto, dalle fasi preliminari fino al completamento o all'estinzione; analizzare la figura contrattuale citata, partendo da numerosi studi dottrinali e con gli importanti apporti giurisprudenziali esistenti sul tema, ordinando, individuando ed esaminando i principali problemi che può presentare. Questa ricerca potrebbe essere un incentivo per tutti coloro che desiderino intraprendere un nuovo tipo di attività, una società, in definitiva un'impresa commerciale, un'attività ancora economicamente attraente e il cui

futuro se non garanzia per il suo successo, può almeno offrire ottime prospettive. Allo stesso modo ha l'obiettivo di stimolare nuove ricerche giuridiche (anche da parte nostra) che stimolino e aiutino in qualche modo il legislatore, sostenendo una regolamentazione specifica della figura, che a nostro avviso questa istituzione giuridica merita.

La presente indagine è stata realizzata mediante lo studio del diritto positivo: a partire dalla soluzione data dal legislatore spagnolo ed europeo ai differenti problemi che possono presentarsi e (nel nostro caso per via di mancata regolamentazione) dalla soluzione offerta da altre legislazioni e accordi internazionali. Per questo ci si è serviti del metodo esegetico, assieme a comparazioni storiche e all'analisi della documentazione e dei materiali utilizzati dalle parti contraenti, ricorrendo al contributo dato dalla dottrina giuridica. Insieme alla norma, alla struttura sociale e ai fattori economici che la condizionano, si sono studiati gli attori, elementi personali della relazione contrattuale, e i terzi, il contenuto contrattuale e il processo di formazione del contratto e dello sviluppo della figura nel mercato. Ancora una volta il metodo classico "dell'attenta osservazione della realtà" si rivela valido e adeguato. Per questo abbiamo cercato di evitare di cadere in errori di percezione, in ritardi o frammentazioni delle considerazioni, utilizzando gli altri metodi come fattori di correzione.

Questa ricerca si struttura in 7 capitoli (e, nell'ambito di questi, in differenti sezioni) indipendenti l'uno dall'altro, sebbene in relazione tra loro. Molte delle questioni che vengono trattate nel nostro lavoro (diritto comparato, diritto dei contraenti, contenuto contrattuale, decisioni giurisprudenziali etc.), sono considerate in forma trasversale. In questo modo, l'esame del contratto di franchising risulta più armonica e quindi più adatto. Si deve, inoltre, osservare che ci sono diversi settori che si relazionano con il franchising, e a questi, con

minore o maggiore misura abbiamo voluto fare riferimento, dando pareri e soluzioni, ma il nostro oggetto fondamentale di studio è stato il contratto come nuovo modello di negozio, creato, plasmato e scelto dagli operatori economici, per trovare una risposta e una soluzione alle nuove necessità del mercato.

Il primo dei Capitoli è dedicato all'analisi delle ragioni che hanno indotto ad elaborare questa ricerca. Ha la funzione di introdurre e giustificare il nostro studio.

Di seguito, nel secondo capitolo, si discutono le condizioni generali e il regime del franchising come negozio giuridico, analizzandolo da differenti prospettive e approfondendo i vantaggi e gli svantaggi che comporta l'utilizzo di tale modello.

Successivamente, nel terzo capitolo si analizza la sua disciplina giuridica e, data la sua condizione di contratto atipico, non nominato, si è considerato opportuno, partendo dalla "realtà economica" (come insegnava il maestro GARRIGUES), esporre le principali note caratteristiche, distinguendolo da altri contratti e figure affini, al fine di delimitare tale figura, identificando le prestazioni tipiche che lo contraddistinguono. Si inizia, quindi, dallo studio dell'esperienza normativa spagnola includendo in questa le rispettive norme legali che in forma indiretta o incompleta hanno regolato, in modo molto settoriale, il franchising (Legge antitrust e la legge sul commercio al dettaglio) e continuiamo con lo studio di un insieme di norme – alcune introdotte da recenti riforme – che hanno avuto in qualche modo incidenza sull'oggetto del nostro studio. Affinché questo non resti incompleto, si analizzeranno anche le norme approvate dall'amministrazione.

Una volta realizzata l'analisi degli aspetti giuridici obbligatori del contratto di franchising, fornite le informazioni necessarie che permettono la conoscenza e l'agevole comprensione del fenomeno che questo contratto costituisce –

informazioni che metteranno in evidenza la sua importanza capitale nel complesso delle attività economiche e reali del nostro mercato-, ci addentreremo nel quarto- di una certa estensione, malgrado lo sforzo di sintesi che si è cercato di realizzare, ma essenziale all'oggetto della ricerca – in cui si evidenziano e giustificano la necessità che il giurista comprenda e assuma il vero significato del cambiamento paradigmatico che questo modello contrattuale porta con sé. In questo capitolo si considera il rapporto contrattuale del franchising, come una categoria specifica di contratto, vale a dire, delineiamo l'oggetto di questa indagine, avvicinandoci al diritto applicabile, non solo nell'ordinamento spagnolo, ma anche da un punto di vista europeo e internazionale. Ciò giustifica l'attenzione che dedichiamo in ogni momento al diritto comparato e ai corrispondenti apporti giurisprudenziali. Lo studio specifico del contratto o dell'accordo lo definiamo negli aspetti generali, nei suoi elementi principali, sottolineando l'elemento chiave – a parte gli elementi personali, affiliante e affiliato, tenendo presenti anche i consumatori o i destinatari dei prodotti – di questo contratto, il know how, e proseguiamo con il processo di negoziazione contrattuale, vale a dire, con il modus operandi che conferma le clausole applicabili a tale accordo- sottolineando in qualsiasi momento gli effetti provocati dal fallimento di tali clausole – come l'analisi della sempre controversa questione della responsabilità che si troveranno ad affrontare entrambe le parti contraenti. Concludiamo questo capitolo sottolineando le principali cause di risoluzione del presente contratto e le sue conseguenze giuridiche.

Nel seguente capitolo – il capitolo quinto -, si studia in modo specifico il contratto di affiliazione nell'ambito del diritto comparato, facendo riferimento ai principali paesi europei dove si sviluppa questo modello. Al riguardo si è considerata l'Italia, dove la regolazione giuridica dell'affiliazione è una realtà dal 6 Maggio 2004 (a questo proposito è opportuno dedicare un'attenzione speciale

alla novità legislativa che ha motivato, in gran parte, la realizzazione della nostra ricerca, in quel paese). Passiamo poi ad analizzare il trattamento che si fa nei differenti continenti, sistemi culturali e giuridici di questa figura, le sue regolazioni, la sua attività e modifica, così come i principali problemi giuridici che suscitano e che in certe occasioni potranno servire come punto di riferimento per il diritto spagnolo.

Nel capitolo sesto, si analizza il contributo offerto a livello giurisprudenziale, considerando alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e naturalmente della giurisprudenza spagnola e internazionale in materia. Questa nuova realtà (inclusa la nuova realtà a livello legislativo) offre nuovi meccanismi: per questo, segnaleremo anche i distinti sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti come l'arbitrato, indispensabile in questo tipo di contratto per la sua essenza e per il fine che persegue. Osserviamo che ciò è dovuto all'assenza di un'autentica concorrenza sul mercato tra gli imprenditori vincolati da questo contratto di Affiliazione – piuttosto seguono un interesse parallelo, e alla fine, comune-. In questo senso si dovranno cercare e trovare altre vie di risoluzione di tali conflitti, meno traumatici, che permettano di conservare maggiormente le relazioni contrattuali, senza dover rimettere la decisione finale a terzi. Importanti ed innovativi sono i sistemi in cui i possibili conflitti possono essere risolti dalle parti implicate ed interessate e la cui soluzione sia utile per entrambe le parti senza che si considerino tra loro antagoniste. Per questo, si procederà allo studio della mediazione commerciale applicata all'Affiliazione. Inoltre considereremo altri possibili metodi e l'esistenza di figure (un ombudsman specializzato) proprie di alcuni ordinamenti.

Per concludere questa ricerca abbiamo considerato necessario ed imprescindibile studiare, analizzare e apportare nell'ultimo capitolo, il settimo, le prospettive future di questa istituzione, applicandola ad altri ambiti

imprenditoriali come il ramo alberghiero o sportivo, che non si considerano, inizialmente, come semplici contratti di distribuzione commerciale. Questo contratto sembra non avere limiti come modello negoziale per una realtà e un mercato che sorprende per le sue novità e innovazioni costanti.

Proprio nella parte in cui si riflette sull’Affiliazione abbiamo considerato adeguato includere una nostra considerazione sul progetto di legge spagnolo, specifico sui contratti di distribuzione, relativamente recente e ispirato soprattutto da altre norme sulla stessa materia (come il testo di legge in vigore in Italia, il quale in alcuni casi ha una formulazione letterale simile), il quale però è stato abbandonato dal legislatore (che ha realizzato alcune iniziative settoriali -anche infruttuose-).

La presentazione di un’opera giuridica molto ambiziosa, la Proposta di un Codice commerciale era funzionalmente orientata a una regolazione unitaria dei contratti di distribuzione nel nostro paese con alcune norme e disposizioni specifiche e proprie per l’affiliazione. Pubblicato questo testo, già nel 2004, come progetto di legge, è stato soppresso ogni riferimento alla materia. La sensazione è, quindi, di pessimismo; per questo sarebbe opportuno che il legislatore vi prestasse attenzione.

La nostra ricerca termina con le osservazioni conclusive e con qualche interrogativo che ci porterà a ribadire che il contratto di affiliazione –come in generale il Diritto- si deve adattare alle “nuove tendenze e necessità del mercato”. Queste note finali costituiscono le conclusioni di questa ricerca.

Questo studio non intende rispondere a tutte le domande che un professionista o uno studioso del diritto possa formulare; piuttosto è una guida e un semplice apporto alla dottrina su un contratto di straordinaria, di vitale

importanza nel mercato globalizzato, nel quale ci troviamo necessariamente immersi.

Pertanto se questa ricerca ha qualche merito, non è quello di dare tutte le risposte possibili a questo nuovo modello di negozio di affiliazione, bensì, al contrario, il suo valore può rivenirsi nelle riflessioni che si sono realizzate e nei criteri utilizzati che possano essere tenuti in considerazione tanto per chi ha la responsabilità di decidere quanto per coloro che proseguiranno in questa linea di ricerca, perchè disporranno di un nuovo studio sul contratto, che cerca di essere il più completo possibile.

Con questa finalità abbiamo anche incluso nel testo un riferimento bibliografico e giurisprudenziale, che abbiamo considerato imprescindibile. Speriamo che il nostro contributo ci permetta di capire e affrontare le sfide che si profilano per la globalizzazione dei mercati e della produzione, e che questo prezioso strumento giuridico, che in ogni momento contribuisce a creare posti di lavoro, promuova una nuova mentalità del diritto privato, del diritto commerciale e diritto del mercato del ventunesimo secolo.

AGRADECIMIENTOS

Es imposible describir en unas palabras el grado de agradecimiento que siento sobre las personas que en definitivas siempre han estado – y están- a mi lado y que de alguna forma han contribuido a la realización de esta Tesis, pero es de justicia -y para mí de obligado cumplimiento-, hacerlo y son:

A quien me dio todo en la vida, que a pesar de haberlo perdido a muy temprana edad, su bondad, su sabiduría y sobre todo su sonrisa, hacen que siempre me sienta cuidado y guiado y que lo tenga presente todos los días de mi vida. Ojala pudiera estar aquí, aunque seguro que estará, porque las personas buenas no mueren nunca, viven eternamente con el bien que dejan detrás de sí y esa es la mejor herencia que tengo. Además me consuela saber que todo lo bueno que hizo en la tierra, lo estará disfrutando en la otra vida.

Gracias a todos los que han compartido conmigo las “idas y venidas” en el plano personal, a mi hermano Fernando (con su apoyo constante y su generosidad ilimitada), a Manuel (con su sentido del humor), a mis cuñadas, a mis sobrinos, a Nati, y muy especialmente a mi madre que nunca ha sido ajena a esta investigación, aunque sea por la pesadez de escucharme hablar de lo mismo hasta el hastío. Como dice un gran maestro –y amigo- son, junto con la mujer de uno, “las verdaderas dolientes de nuestras ausencias académicas”.

Gracias a Raque, gracias por su amor, su comprensión, su fortaleza y su paciencia, sin ella esta Tesis no hubiese finalizado nunca. Con ella estoy en deuda por tantas ausencias y monotonía de conversaciones jurídicas, gracias por ser mi felicidad y mi ilusión constante, te debo mucho tiempo.

Gracias a todos los que han hecho posible la realización de esta investigación, tanto en España (compañeros del Departamento y resto de profesores –amigos- de esta Universidad), como en el extranjero; Profs. Caumont y Falco, Dr. Mariño, en Uruguay; Drs. Stiglitz, Otamendi, Picaso, Covi, Luzuriaga, en Argentina; Dr. Salomon en México; en Italia, el gran maestro Perleghieri, Dr. Rizzo, Dr. Flamini, Dra. Ruggeri, pero sobre todos ellos al Dr. D. Lorenzo, quien agradezco de un modo especial su ayuda y su presencia y estímulo hoy y siempre, maestro y excelente persona, muchas gracias a él y a toda su entrañable familia. Todos ellos, y sin duda, muchos más -imposibles mencionar en estos momentos-, con quien he tenido el privilegio de compartir algunas actividades académicas e investigadoras y que me han enriquecido desde un punto de vista universitario y personal de tal modo que nunca podré corresponder a quienes tan amable, profesional y hasta familiarmente me acogieron, muchas gracias a todos.

Y para finalizar, gracias de nuevo a mi maestro por aceptarme para realizar mi tesis, por su apoyo, disponibilidad, su confianza en mi trabajo, por su capacidad para guiar mis ideas, orientarme, motivarme en mi labor investigadora, y todo siempre bajo su orientación y bajo su rigurosidad académica, gracias Jose Luis, gracias hermano, y muchas gracias hoy más que nunca, GRACIAS MAESTRO.

