

LAS REDES DE FRANQUICIA: PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPANSIÓN EN LATINOAMÉRICA.



Investigación VIU

viu

**Universidad
Internacional
de Valencia**

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.	3
2.	MARCO ECONÓMICO: ESPAÑA-LATINOAMERICA	4
3.	LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA.	5
4.	CARACTERIZACIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA.	6
5.	TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE LAS REDES DE FRANQUICIA.	8
5.1.	EL CONTRATO DE FRANQUICIA.	8
5.2.	EL CONTRATO DE AREA DEVELOPMENT.	9
5.3.	EL CONTRATO DE MASTER FRANQUICIA.	11
5.4.	EL CONTRATO DE AREA REPRESENTATION.	12
6.	MARCO JURÍDICO: ESPAÑA-LATINOAMERICA.	13
7.	ELEMENTOS SUBJETIVOS.	15
8.	CONTENIDO HABITUAL DE LOS CONTRATOS PARA LA EXPANSIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA.	16
8.1.	PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR.	16
8.1.1.	RESPECTO A LOS SIGNOS DISTINTIVOS.	16
8.1.2.	RESPECTO AL KNOW-HOW.	17
8.1.3.	RESPECTO A LA FORMACIÓN Y ASISTENCIA.	18
8.2.	PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL MIEMBRO DE LA RED.	19

8.2.1.	OBLIGACIONES PECUNIARIAS.	20
8.2.1.1.	CANON DE ENTRADA.	20
8.2.1.2.	ROYALTIES Y CANON DE PUBLICIDAD.	22
8.2.2.	LA EXPLOTACIÓN DEL MODELO DE EMPRESA.	23
8.2.3.	OBLIGACIÓN DE APROVISIONAMIENTO EXCLUSIVO.	23
8.3.	OTRAS CLÁUSULAS.	24
8.3.1.	CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO.	24
8.3.2.	CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.	25
8.3.3.	CLÁUSULAS DE RETORNO.	26
8.3.4.	EL PACTO DE COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.	26
9.	EXTINCIÓN DEL CONTRATO.	28
9.1.	DESISTIMIENTO UNILATERAL AD NUTUM Y PREAVISO.	28
9.2.	RECOMPRA DE STOCK SOBRANTE.	29
9.3.	COMPENSACIÓN POR CLIENTELA.	30
10.	CONCLUSIONES	31
11.	BIBLIOGRAFÍA	32
12.	ACERCA DEL AUTOR	33

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a una redefinición sin precedentes de las relaciones comerciales fruto del cambio que ha experimentado el paradigma organizativo dominante a lo largo de varios siglos. Esta nueva etapa, en la que los mercados se sustituyen por redes, y los vendedores y compradores por proveedores, distribuidores y usuarios, se caracteriza por el creciente auge de modernas formas de organización de los negocios. Dentro de ellas las redes de franquicia ocupan un lugar destacado, siendo el contrato de franquicia el principal instrumento jurídico a través del cual se constituye la red.¹

La finalidad del presente informe es ofrecer al lector interesado en estos temas una visión jurídico-económica de la expansión nacional e internacional de las redes de franquicia, prestando especial atención a las redes españolas y latinoamericanas, y su interrelación. Ello por cuanto tanto la realidad del tráfico económico, como las particularidades de internacionalización de las redes de franquicia, ponen de manifiesto cómo la expansión de redes españolas a Latinoamérica y viceversa es no sólo una realidad sino también una de las tendencias económicas de los próximos años.²

En este sentido, la realidad del tráfico económico justifica la oportunidad del tema. En primer lugar, por la importancia que

en los últimos años han adquirido las redes de franquicia frente a otros sistemas de distribución integrada, principalmente en Latinoamérica, donde la mayor parte del comercio minorista se integra en redes de franquicia. En segundo lugar, porque en el mercado español y Latinoamericano empiezan a vislumbrarse los factores económicos que, en su momento, justificaron la internacionalización de las redes de franquicia en los EEUU. En tercer lugar, porque tanto en España como en Latinoamérica operan un número significativo de redes de franquicia extranjeras. Y, en cuarto lugar, porque es necesario un tratamiento la tipología contractual de las redes de franquicia, que no se detenga en los aspectos meramente económicos o conceptuales, como hasta ahora había hecho la doctrina, sino que analice la distinta naturaleza de los contratos de las redes de franquicia-que, como se verá, va más allá del contrato de franquicia-. Comprender su naturaleza, sus ventajas e inconvenientes, así como su específica problemática jurídica, es imprescindible para una adecuada expansión nacional e internacional. Esta variedad de contratos analizados es uno de los puntos fuertes del informe, por cuanto lo habitual en la doctrina en lengua española es centrarse en el estudio del contrato de franquicia, olvidándose del resto de contratos para la expansión nacional e internacional de las redes de franquicia.

1 En la economía actual, la importancia de las redes de franquicias como sistemas de distribución integrada es sobradamente conocida por todos. Como muy gráficamente se ha dicho "el contrato de franquicia es el contrato rey de la distribución", VICENT CHULIÀ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Tirant lo Blanch, Vol. II, 2012, pág. 1649.

2 La persistencia de la crisis económica en los mercados nacionales, con la prácticamente inexistente financiación bancaria para nuevos proyectos, ha acelerado la búsqueda de oportunidades de negocio en otros mercados.

2. MARCO ECONÓMICO: ESPAÑA-LATINOAMERICA

Según los datos del sector³, en el año 2016, el número de redes de franquicia españolas que se han internacionalizado a Latinoamérica sigue en la línea ascendente de los últimos años. Así, Argentina cuenta con 22 redes y 951 establecimientos, Bolivia con 7 redes y 11 establecimientos, Brasil con 21 redes y 1.462 establecimientos, Chile con 31 redes y 281 establecimientos, Colombia con 39 redes y 258 establecimientos, Costa Rica con 25 redes y 47 establecimientos, Cuba con 6 redes y 33 establecimientos, Ecuador con 26 redes y 108 establecimientos, El Salvador con 12 redes y 34 establecimientos, Guatemala con 28 redes y 150 establecimientos, Honduras con 14 redes y 27 establecimientos, México con 89 redes y 1.259 establecimientos, Panamá con 39 redes y 66 establecimientos, Paraguay con 6 redes y 9 establecimientos, Perú con 30 redes y 152 establecimientos, República Dominicana con 31 redes y 95 establecimientos, Uruguay con 11 redes y 13 establecimientos, y Venezuela con 34 redes y 462 establecimientos.

En términos absolutos, México es el segundo país con mayor número de redes de franquicia de origen español -sólo por detrás de Portugal-, Colombia el octavo, y Panamá el noveno. Y si

atendemos al número de establecimientos, Brasil ocupa el cuarto puesto; México el quinto; y Argentina el séptimo.

Por su parte, los países de América Latina con mayor expansión nacional e internacional de redes de franquicias son México, Brasil, Argentina, Venezuela, Chile, Perú y Colombia. En concreto, según datos del sector, Brasil es el país con mayor número de establecimientos franquiciados, seguido de México y Argentina. Se da la paradoja de que estos tres territorios son los únicos en Latinoamérica con regulación, aunque sea parcial, de las redes de franquicia.

La relación entre las redes de franquicia españolas y latinoamericanas cada vez es más intensa. El papel de las nuevas tecnologías, que permite una mayor facilidad a la hora de cumplir con las obligaciones propias del franquiciador, unido a la modernización del Derecho Latinoamericano en materias como la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia, abona un terreno cada vez más seguro para un fructífero crecimiento e inversiones mutuas.

³ Así se desprende del "Informe estadístico 2016: la franquicia española en el mundo" que anualmente elabora la Asociación Española de Franquiciadores: disponible en www.franquiciadores.com.

3. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA

La internacionalización de las redes de franquicia es una consecuencia connatural al propio sistema de franquicia. El “boom” de la franquicia de los años setenta en EEUU tuvo como consecuencia que en la década siguiente asistiéramos al particular progreso internacional de estas redes⁴. La primera etapa en la internacionalización de las redes estadounidenses se produjo a entornos con mayor afinidad lingüística, cultural y geográfica, principalmente Canadá, aunque el acceso a otros mercados, como el europeo o el asiático, no se hizo esperar. Al mismo tiempo, el proceso internacionalización de las redes de franquicia se vio favorecido por los diversos procesos de globalización económica y de aparición de mercados regionales integrados, que crearon un clima que propiciaba su expansión a otros mercados⁵.

La internacionalización de una red de franquicia comporta asumir grandes retos generados por la diversidad de mercados y culturas en los Estados receptores. Ello requiere de un detenido análisis de la operación. Los principales motivos que llevan a los franquiciadores a internacionalizar las redes son la saturación del mercado nacional, el incremento global de las economías de escala, la mejora del know-how y el incremento de la notoriedad de la marca⁶. Por su parte, los factores decisivos en la expansión internacional, sobre todo, en una primera etapa, son el riesgo país, la proximidad geográfica, la complejidad del modelo de empresa y la forma jurídica de internalización.

4 En este sentido, FUENTES CAMACHO, V., “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de acceso”, Anuario español de derecho internacional privado, núm. 1, 2001, pág. 117; ALON, I./MCKEE, D., “The internationalization of professional business service franchises”, Journal of consumer marketing, núm. 16, 1999, pág. 74; y NEGRE, C., La franchise. Recherches et applications, Vuibert, 2004, pág. 89.

5 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Sistemas de comercio internacional, Civitas, 2001.

6 Sobre estas cuestiones, ver, EROGLU, S., “The internationalization process of franchise systems: A conceptual model”, International Marketing Review, vol. 5, 1992, pág. 19 y ss; WELCH, L.S., “Diffusion of franchise system use in international operations”, International Marketing Review, vol. 6, 1998, pág. 7 y ss; KONIGSBERG, A., International Franchising, Juris Publishing, 1997-2003, pág.VI.1 a VII.24; y LELOUP, J.M., La franchise: droit et pratique, Delmas, 2004, pág. 369 y ss.

4. CARACTERIZACIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA

Con carácter general las redes de distribución son una categoría de red empresarial compuesta por empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes, en la que todos los miembros contratan con el cabeza de red –“la marca”-, quién posee facultades de coordinación, dirección y control respecto a la actuación de éstos, para la comercialización de unos mismos bienes o servicios.⁷

Así, es posible constituir una red de distribución mediante la celebración con terceros de contratos bilaterales de distinta naturaleza como, por ejemplo, el contrato de distribución, en cualquiera de sus modalidades, esto es, exclusiva, autorizada o selectiva –red de distribuidores-, el contrato de concesión –red de concesionarios- o el contrato de franquicia –red de franquicias-.

La causa negocial común de todos estos contratos, que permite calificarlos como categoría jurídica, radica en su misma función económica, cuál es la comercialización de productos o servicios mediante la creación de una estructura estable –la red de distribución- compuesta por empresarios jurídicamente independientes.

Dentro de las redes de distribución puede distinguirse entre redes

de distribución integradas⁸ y no integradas. La red de distribución libre o no integrada se caracteriza por no limitar el número de distribuidores, ni por la asignación de un territorio de actuación a cada miembro, de manera que, en principio, todo empresario que lo desee podría conseguir la comercialización de los bienes o servicios de la red. En este sentido, con carácter general, el distribuidor conserva su autonomía, no sólo jurídica sino también económica, por lo que no se encuentra propiamente incorporado o integrado en la red.

Por su parte, en la red de distribución integrada el distribuidor se incorpora al seno de una estructura organizada dentro de la cual actuará con independencia, aunque sometido a ciertos criterios y restricciones exigidos por el cabeza de la misma, quién de este modo consigue mantener el control de la distribución de sus productos y aumentar el good-will de la red sin recurrir a recursos propios.⁹

El carácter integrado o no integrado en la red de distribución, con carácter general, es consecuencia de dos factores no cumulativos y compatibles: la exclusividad y/o el uso compartido de elementos de identificación externa de la empresa, principalmente signos distintivos en su función de rótulo comercial.¹⁰

7 Para una noción completa del concepto de red empresarial, RUIZ PERIS, J.I., “Un derecho específico para las redes empresariales”, en *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo blanch, 2012. Sobre las características de las redes contractuales, en la doctrina comparada, por todos, CAFAGGI, F., “Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?”, EUI Working Paper, núm. 15, 2008.

8 Sobre los distintos criterios para clasificar los sistemas de distribución, ALONSO SOTO, R., “Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia”, Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia (AA.VV.), Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 164 y ss.

9 Así, ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial...*, cit., págs. 166 y 170.

10 En este sentido, la categoría de red de distribución integrada estaría compuesta por aquellas redes empresariales de tipo contractual que utilizan como instrumento para su constitución y expansión comercial los contratos de agencia con exclusividad, los contratos de distribución exclusiva, los contratos de concesión y los contratos de franquicia. También se produce cierto grado de integración, aunque menor que en el resto de supuestos, con el contrato de distribución selectiva, puesto que en este contrato el control del cabeza de red sobre sus miembros no deriva de la exclusividad –que no la hay- ni de la autorización de uso de los elementos de identificación de la empresa –aunque a menudo se autoriza el uso de los signos distintivos-, sino por las particularidades del bien objeto de distribución.

Es precisamente esa integración derivada de la exclusividad y/o el uso compartido de bienes inmateriales lo que determina la necesidad y legitimidad del ejercicio del poder de dirección del cabeza de red, que será más intenso cuanto más compleja sea la actividad a desarrollar por el miembro de la red. En efecto, sin perjuicio de los límites que impone el Derecho antitrust¹¹, la coordinación todos los canales de comercialización y el logro de una actuación conjunta uniforme de todos los miembros de una red, para que se generen las sinergias esperadas, es un interés legítimo del cabeza de red que requiere de las facultades necesarias para preservar el correcto funcionamiento de la misma con la finalidad de proteger y asegurar el good-will del que no sólo se beneficia éste sino todos sus miembros.¹²

A su vez, dentro de las redes de distribución integradas puede diferenciarse entre contratos que por su configuración típica permiten una integración plena, como es el caso del contrato de franquicia y el contrato de concesión, en los que el miembro de la red adapta completamente su establecimiento a las concretas necesidades de la misma, para lo cual debe seguir las

instrucciones del franquiciador o del concedente y utilizar los signos distintivos de la red, con la finalidad ofrecer una "imagen de unidad empresarial"; y contratos con integración parcial, como son el contrato de agencia y distribución en exclusiva, así como el contrato de distribución selectiva, en los que por su configuración contractual típica, pese a producirse la integración en la red, no llega a alcanzarse una imagen de unidad empresarial.

Las redes de franquicia, por tanto, son una modalidad de redes de distribución -con integración plena-, compuestas por un conjunto de empresarios jurídicamente independientes¹³, pero económicamente vinculados e interdependientes, como consecuencia de compartir la explotación -directa o indirecta- de un modelo de empresa¹⁴. En su versión más simple la red de franquicia está constituida por el franquiciador y los franquiciados -contrato de franquicia y contrato de area development-, aunque puede estar integrada por otras figuras como el master -contrato de master franquicia- o el area representant -contrato de area representation-.

11 Sobre la relación del contrato de franquicia con el Derecho antitrust, ver, entre otros, MARTI MIRAVALLS, J., "El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 18, 2007, págs. 53-79; ídem., "Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 28, 2007-2008, págs. 341-370.

12 Es lo que se ha venido a denominar como "governance de las redes", que no se limita a los efectos internos en el ámbito de la red -esto es, relaciones entre el cabeza de red y sus miembros; y relaciones entre los miembros de la red- sino que incluye también los efectos externos -relaciones de la red con terceros-. Así, RUIZ PERIS, J.I., "Una nueva orientación del tratamiento antitrust de la coordinación empresarial en las redes de distribución", *Crisis económica y política de la competencia*, Tirant lo blanch, 2009, pág. 94.

13 La idea de "conjunto" en el sentido de "pluralidad" es destacada por CAFAGGI, F., *Contractual networks...*, cit., pág. 21, cuando afirma que "a contractual network exists where there are two or more linked contracts among three or more contracting parties (heterogeneity). Several linked contracts between the same two parties (homogeneity) do not constitute a contractual network".

14 RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (encroachment)*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 15.

5. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE LAS REDES DE FRANQUICIA

En el presente apartado se procede a exponer los distintos contratos utilizados en las redes de franquicia para su expansión, tanto nacional e internacional: contrato de franquicia, contrato de area development, contrato de master franquicia y contrato de area representation. Su conocimiento y comprensión es imprescindible para una adecuada expansión de la red entre los distintos países de Latinoamérica. Cada contrato cubre unas necesidades. Y en la práctica económica resulta habitual es

recurso a varios de estos contratos para afrontar la expansión internacional de la red de franquicia. En este sentido, en la relación España-Latinoamérica, y viceversa, lo más común es recurrir a un contrato de master franquicia, y posteriormente, el master será quien se encargue de celebrar contratos de area development y contratos de franquicia en el territorio contractualmente acordado –que puede ser desde uno a varios países-.

5.1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia es aquél por el cual una parte, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho a explotar un modelo de empresa, a cambio de una contraprestación económica. En las redes de franquicia el bien jurídico compartido es un modelo de empresa¹⁵, esto es, un modo específico de organizar los elementos integrantes de una empresa –capital y trabajo- para la realización de una determinada actividad económica.¹⁶

sustantividad propia, independiente de todos los elementos que la componen y puede ser considerada como un bien jurídico de carácter inmaterial en sí mismo¹⁷. El objetivo perseguido con el uso común del modelo de empresa es que el resultado obtenido –establecimiento franquiciado- sea idéntico, o lo más similar posible –como mínimo uniforme-, al resultado propuesto por el franquiciador –establecimiento que éste pretende que sea creado-, con independencia del mercado en el que se explote.

Esa unidad empresarial –el modelo de empresa- posee

15 RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, Aranzadi, 2000, pág. 67 y ss. Es lo que se conoce como “franchising format business”, en sus tres variedades: “package franchise” (modelo de fabricación y distribución creado por el franquiciador y cedido al franquiciado a cambio de un canon); “franchise product” (franquicia de distribución de productos) y “service franchise” (franquicia de servicios).

16 Término que podemos hacer equivalente al de una unidad de explotación, establecimiento o negocio, atendiendo a las diferentes terminologías coexistentes en nuestra doctrina para identificar una organización de capital y trabajo dirigida a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado, BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil, Tecnos, 1990, pág. 93 y 94.

17 RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, Aranzadi, 2000, pág. 67 y ss. Al modelo de empresa diseñado por el franquiciador puede asignársele la naturaleza de bien jurídico, puesto que es susceptible de valoración económica y apto para ser objeto de negocios jurídicos. Más aun, el modelo de empresa constituye un auténtico bien inmaterial –sobre el concepto y dogmática de los bienes inmateriales, por todos, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., El secreto industrial -know-how-. Concepto y protección, Tecnos, 1974, pág. 69 y ss-. Al igual que los demás bienes inmateriales -know-how, marcas, software-, el modelo de empresa es una idea fruto de la mente humana –corpus mysticum- que se plasma en objetos corpóreos –corpus mechanicum- para ser percibido por los sentidos, siendo –además- susceptible de ser reproducido ilimitadamente y objeto de posesión y disfrute simultáneo por una pluralidad de personas en diversos lugares, en contraposición a los bienes materiales –duorum in solidum possessio esse non potest, ver, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., El secreto industrial... cit., pág. 75-. A esta calificación es ajeno que el bien jurídico –modelo de empresa- no sea objeto de tutela a través de un derecho de exclusiva. Ello no significa que el bien jurídico constituido por el modelo de empresa no está tutelado por el ordenamiento jurídico. Es la “protección indirecta”. Más al contrario, el modelo de empresa está protegido tanto sectorialmente, por los derechos de exclusiva de los que deberán gozar algunos de sus elementos, como global o indirectamente, por la LCD que, como es sabido, no otorga derecho de exclusiva. Así, por todos, RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares..., cit., pág. 68 y 69.

Para ello es necesario que todos los elementos que integren el modelo de empresa puedan ser reproducidos en la realidad por todos aquellos que integrarán la red. Entre ellos destacan los signos distintivos y el know-how. Ambos son extraordinariamente relevantes pero no los únicos elementos que deben ser comunicados o transmitidos para la correcta explotación del modelo de empresa por el franquiciado. Éste tendrá que aplicar, por ejemplo, métodos de organización interna de la empresa o de comercialización propios del modelo de empresa franquiciado que en absoluto representan conocimientos secretos y substanciales. Para la adecuada explotación del modelo de empresa objeto del contrato es, por tanto, igualmente imprescindible la formación del franquiciado y su personal. Ésta permitirá acceder de un modo rápido a la comprensión del modelo de empresa que deben aplicar. Su importancia es tanto más relevante cuanto en muchos casos el franquiciado es una persona que no procede del sector de la actividad económica en la que está incardinada la franquicia y en ocasiones ni siquiera tiene experiencia empresarial previa. Por su parte, la asistencia técnica o comercial resulta también

imprescindible en cuanto permite al franquiciado resolver fácilmente problemas que, dada su falta de experiencia o de medios económicos, le resultarían difíciles de solucionar y que, sin embargo, para el franquiciador, dada su experiencia previa y su mayor capacidad económica derivada del efecto agregado de las franquicias, resultan fácilmente solucionables.

El contrato de franquicia es, por sus características, el principal instrumento de expansión nacional de una red de distribución tanto en España, como en Latinoamérica y el resto del mundo. Sin perjuicio que pueda utilizarse en relaciones internacionales, su viabilidad se ve comprometida a aquellos casos en los que el franquiciador no pueda cumplir con sus obligaciones contractuales estando ubicado en un país distinto. Aunque las nuevas tecnologías han facilitado el cumplimiento de muchas obligaciones del franquiciador, la expansión internacional vía contrato de franquicia sigue teniendo una viabilidad residual a territorios geográficamente próximos.

5.2. EL CONTRATO DE AREA DEVELOPMENT

El contrato de area development, es aquél por el cual una parte, el franquiciador, concede a la otra, el developer, el derecho a celebrar un número concreto de contratos de franquicia para una zona determinada y por un período de tiempo específico, siguiendo un programa de celebración predeterminado.¹⁸

El contrato de area development posee una causa y un objeto propio y distinto del resto de contratos utilizados en las redes de franquicia. La causa del contrato, entendida como la finalidad

económico-social perseguida por las partes, es planificar o programar la expansión de una red de franquicia en un territorio determinado mediante la celebración de contratos de franquicia entre el franquiciador y el developer. Por su parte, el objeto del contrato no es un modelo de empresa, como en los contratos de franquicia o master franquicia, sino el derecho a celebrar contratos de franquicia con el franquiciador en aquellos términos contractualmente previstos.¹⁹

18 Sobre el contrato de "area development", ver, KONIGSBERG, A., *International Franchising*, Juris Publishing, 1997-2003, pág.VIII.1.1 y ss. Sobre su definición en el ordenamiento jurídico argentino, artículo 1513 b) de su Código Civil y Mercantil.

19 La Comisión Europea tuvo la oportunidad de aproximarse a esta figura en la Decisión Computerland, de 13 de julio de 1987, describiéndola como sigue: "en Dinamarca y en la Toscana italiana, CLE ha introducido una pequeña variación en el contrato tipo, los "Contratos de Zona de Desarrollo" en cuya virtud se concede a una única empresa el derecho exclusivo de abrir un número concreto de establecimientos Computerland en una zona determinada y por un período de tiempo limitado. Este tipo de contrato se utiliza en zonas en las que no existe establecimiento Computerland alguno y en las que un franquiciado se muestra dispuesto a asumir por sí solo el elevado riesgo económico que supone abrir varios comercios en un mercado todavía virgen. En contrapartida, se le concede el citado derecho en exclusiva, a menos que no cumpla el calendario previsto, en cuyo caso CLE queda de nuevo en libertad de ofrecer a un tercero el derecho a abrir establecimientos en la zona. Estos contratos especiales constituyen la excepción a la norma de que el franquiciado debe explotar tan sólo un establecimiento y suponen que el franquiciado que tenga éxito estará protegido por una zona de exclusión más amplia. Los "Contratos de Zona de Desarrollo" no imponen restricción alguna a la exportación e importación". La Comisión concluyó que las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 -actual artículo 101.1 TFUE- podían ser declaradas inaplicables al contrato tipo de franquicia Computerland y a los "Contratos de Zonas de Desarrollo" con arreglo al apartado 3 del artículo 85 -actual artículo 101.3 TFUE-.

Desde una perspectiva meramente económica el contrato de area development consigue programar la expansión de una red de franquicia²⁰. Desde una perspectiva subjetiva, el contrato de area development únicamente vincula a dos partes, el franquiciador y el developer. El primero asumirá su papel de franquiciador respecto de todos los contratos de franquicia que se programen y el segundo, que no es más que un multi-franquiciado²¹, se obliga a explotar los distintos establecimientos franquiciados que se derivan de cada contrato. En este sentido, resultan evidentes las diferencias, principalmente estructurales, entre el contrato de area development y de master franquicia o area representation²²

20 Normalmente en mercados en los que ésta no tiene presencia todavía, pero que no se encuentran muy lejanos del mercado de origen, por cuanto el franquiciador deberá actuar como tal respecto de los contratos de franquicia que se deriven del mismo. No es extraño que el area development, sobre todo, a nivel internacional, se utilice por el franquiciador como técnica para testar la aceptación de su modelo de empresa en una parte del mercado, y una vez testado, celebrar con el propio developer, o con terceros, nuevos contratos de franquicia para el resto del mercado con unas condiciones económicas más beneficiosas para el franquiciador.

21 La multifranquicia se produce cuando un franquiciador concede más de una franquicia al mismo franquiciado. Este sistema de expansión comercial tiene la ventaja del perfecto conocimiento entre los sujetos de la franquicia y como referente, generalmente, el éxito de la actividad comercial del franquiciado. No obstante, presenta el inconveniente de que la multiplicación de tareas, responsabilidades y diversificación de riesgos lleva a una disminución de la motivación y tiempo para atender a los negocios. Razón ésta por la que algunas cadenas no conceden más de una franquicia por franquiciado.

22 Sobre las diferencias entre el contrato de master franquicia y el area development, ver, por todos, MENDELSON, M./RUDNICK, L., *Negotiating an international...*, cit., 115 y ss; y el punto 44 de la Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia en el que se establece que "los contratos de desarrollo (area development) son contratos utilizados para extender la explotación de una actividad sobre grandes territorios. A menudo se utilizan como alternativa al master franquicia. La diferencia entre ambos es que, en el master franquicia, el propio franquiciador concede al master el derecho no sólo a administrar directamente las unidades franquiciadas sino también a conceder sub-franquicias a sub-franquiciados en el territorio que el franquiciador le concedió para desarrollar su actividad. En consecuencia, el subfranquiciador actúa como franquiciador en este territorio... En el caso de los contratos de desarrollo, el franquiciador concede a su contraparte (en inglés normalmente denominado el "developer") el derecho de acordar más de una franquicia en un territorio dado. A menudo existe un contrato marco de desarrollo, que cubre el conjunto de la operación, y otros contratos distintos para cada una de las unidades".

5.3. EL CONTRATO DE MASTER FRANQUICIA

El contrato de master franquicia –o franquicia principal o franquicia mayorista²³– es aquel por el cual una parte, el franquiciador, concede a otra, el master, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el master el papel de franquiciador en un mercado determinado.²⁴

Desde una perspectiva meramente económica el contrato de master franquicia es un instrumento especialmente apto para lograr la introducción de una red de franquicia en territorios en los que el franquiciador no estaría en condiciones de poder cumplir correctamente con las obligaciones inherentes a un contrato de franquicia. Por ello, el contrato de master franquicia es el instrumento más frecuente de internacionalización de las redes de franquicia.²⁵

El contrato de master franquicia crea, en este sentido, un entramado jurídico triangular en el que todas las partes que intervienen en la ejecución de la operación económica son empresarios jurídicamente independientes entre sí. El master aparece como piedra angular. Por una parte, estipula el contrato de master franquicia con el franquiciador, recibiendo de aquél el modelo de empresa objeto de la franquicia. Por otra, celebra los diferentes contratos de franquicia con terceros, los franquiciados, a los que transmite el modelo de empresa en el territorio

contractual.

La operación económica descrita, desde una perspectiva contractual, se estructura a través de la celebración de dos contratos formalmente independientes, pero funcionalmente relacionados: el contrato de master franquicia y el contrato de franquicia. Ambos contratos recaen sobre un mismo objeto: el modelo de empresa definido por el franquiciador; ambos presentan un nexo subjetivo común: el master; pero, en cambio, cada uno posee su propia causa, que es lo que dota de singularidad y autonomía a cada contrato. Constituyen, en este sentido, un supuesto más de los que la doctrina, desde la teoría general de los contratos, denomina como contratos vinculados o conexos.²⁶

En el ordenamiento jurídico español, la concesión del derecho de explotar una franquicia y la autorización para concluir acuerdos de franquicia con terceros se configuran legalmente como los elementos que caracterizan el contrato. El primero constituye el objeto y el segundo, en estrecha conexión con el primero, la causa. El objeto del contrato, entendido como el bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de las partes, es el derecho de explotar una franquicia, esto es, un modelo de empresa. La causa del contrato, entendida como la finalidad económico-social perseguida por las partes, es la conclusión de contratos de franquicia con terceros. Por su parte, el efecto del contrato es la creación y consolidación de una red de franquicia en un mercado por un tercero distinto a su titular.

23 Franquicia principal es el nomen iuris que recibe el contrato en España, artículo 2 del Real Decreto 201/2010; y franquicia mayorista es el que recibe en el ordenamiento argentino, artículo 1513 a) de su Código Civil y Mercantil.

24 Sobre el contrato de master franquicia, MARTI MIRAVALLS, J., El contrato de master franquicia, Thomson-Aranzadi, 2009.

25 Así, por todos, UNIDROIT, Guide to international..., pág. 1; ZWISLER, C., Master franchising, CCH Incorporated, 1999. Desde la perspectiva del DIPr. conviene precisar que únicamente presenta la condición de contrato internacional el contrato de master franquicia, puesto que los contratos de franquicia celebrados por el master con los franquiciados son contratos nacionales.

26 Sobre la conexión contractual, ver, por todos, LÓPEZ FRÍAS, A., Los contratos conexos, Bosch, 1994.

En contraprestación de la concesión del derecho de explotar un modelo de empresa el master se obliga a concluir contratos de franquicia con terceros, asumiendo éste el papel de franquiciador. Esta finalidad del contrato actúa como límite del mismo. La autorización del franquiciador al master constituye un auténtico derecho subjetivo de uso para éste, pero limitado a un uso concreto. El modelo de empresa no se concede para su explotación directa, reproduciéndolo el master en su propio nombre en el

mercado, esto es, abriendo establecimientos o unidades propias, sino para que concluya contratos de franquicia con terceros asumiendo éste el papel de franquiciador²⁷. La obligación del master de concluir acuerdos de franquicia constituye, por tanto, el denominador común en todo contrato de master franquicia, y el verdadero elemento esencial del mismo, que estará presente en todos los contratos de esta naturaleza.

5.4. EL CONTRATO DE AREA REPRESENTATION

Por último, el contrato de area representation es aquél en virtud del cual una parte, el area representant, se obliga frente a otra, el franquiciador, a cambio de una remuneración, a promover de manera continuada y estable, en un territorio determinado, la conclusión de acuerdos de franquicia entre el franquiciador y terceros; y a prestar a esos terceros, ya franquiciados, en nombre y por cuenta del franquiciador, determinados servicios asumidos por el franquiciador en virtud de los contratos de franquicia concluidos²⁸.

naturaleza mixta, que combina elementos propios del contrato de agencia y del contrato de prestación de servicios adaptado a las particularidades de una red de franquicia. En efecto, en virtud del contrato el area representant asume, por una parte, la obligación de promover en su territorio la celebración de contratos de franquicia entre el franquiciador y potenciales franquiciados; y, por otra, una vez celebrado el contrato, la obligación de prestar a los franquiciados, en nombre y por cuenta del franquiciador, determinados servicios asumidos por él en virtud de los contratos de franquicia.

El contrato de area representation es, por tanto, un contrato de

²⁷ El derecho del master a explotar directamente establecimientos propios no es, en este sentido, un elemento esencial y ni siquiera natural del contrato, dado que los establecimientos propios del master presentan una naturaleza propia e independiente del contrato de master franquicia. Se trata de un elemento accidental –accidentalía negotii– y, por tanto, las partes pueden adicionarlo al mismo, pero no rige a falta de pacto expreso.

²⁸ El contrato de area representation se presenta como una técnica de auxilio para el franquiciador en aquellas zonas en las que no está en capacidad de prestar adecuadamente las obligaciones derivadas de un contrato de franquicia. Es junto con el contrato de master franquicia el contrato que, por sus particularidades, mejor se adapta a las necesidades de una red de franquicia cuando se internacionaliza. Entre la escasa literatura sobre el contrato, ver, UNIDROIT., *Guide to international...*, cit., pág. 14 y 15; y KONIGSBERG, A., *Internacional franchising...*, cit., pág. XLVI.18 y ss. Desde la perspectiva del DIPr. una operación de internacionalización de la red recurriendo a la figura del area representant requiere de la celebración de al menos dos contratos internacionales. Por una parte, el contrato de area representation celebrado entre el franquiciador y el area representant; y por otra, los contratos de franquicia entre el franquiciador y los franquiciados a quienes el area representant prestará sus servicios, en nombre y por cuenta del franquiciador.

6. MARCO JURÍDICO: ESPAÑA-LATINOAMERICA

El contrato de franquicia, así como el resto de contratos característicos de las redes de franquicia, son contratos atípicos, esto es, con carácter general carecen de una regulación “completa” de su problemática jurídica. La existencia de regulación parcial sobre el mismo no permite considerarlo como contrato típico. Su regulación se centra en los tratos preliminares, en concreto, en la instauración de un deber de información precontractual. Si bien, como se verá a lo largo del presente informe, tanto México como Argentina sí disponen de normativa específica para las redes de franquicia, más allá del mero deber de información precontractual.

Ello es debido a que las redes de franquicia a priori cumplen todos los requisitos para la instauración de un deber de información precontractual. Así, la posición jurídica del franquiciador –titular del bien jurídico objeto del contrato- respecto a la información relevante a los efectos de la contratación –datos relativos a su posición económica, a su experiencia como empresario y como franquiciador, a la estructura de la red, a su funcionamiento, etcétera- produce una asimetría de información entre las partes, derivada de costes asimétricos pero con posibilidad de repercutir una prima. Ello, unido a la condición de contratante experto y profesional del franquiciador, a la específica situación de confianza que se crea, y al carácter duradero del contrato a estipular bajo unas condiciones económicas y jurídicas especiales derivadas del ingreso en una particular estructura organizativa, convierten a este colectivo, los potenciales miembros de una red, en paradigmático en cuanto a la necesidad de tutela jurídica

mediante la instauración de un deber legal de información precontractual, que prevenga, además, abusos que la experiencia comparada, en aquellos países con más tradición en franquicia, han puesto de manifiesto.

En los últimos diez años hemos asistido a una proliferación sin precedentes de normas reguladoras del deber de información precontractual en el seno de las redes de franquicia²⁹. Este fenómeno no se ha limitado al ámbito europeo sino que presenta un marcado carácter global³⁰. El deber de información se extiende a factores que permiten a la contraparte decidir con “conocimiento de causa” su integración en la red, de forma que le permita realizar un juicio razonable de probabilidad respecto a su potencial éxito como miembro de la misma. En general debe informarse de las características y riesgos de las actividades contractuales que luego se deben desarrollar. No en vano, su actividad empresarial va a quedar confiada a la explotación de un modelo de empresa ajeno, de cuyo éxito o fracaso responderá con su patrimonio empresarial. Así, la experiencia de aquellos ordenamientos que han regulado sobre la materia demuestra que los factores sobre los que la información suele referirse son la identidad y características del franquiciador, las condiciones de titularidad y uso de la marca, la descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, la experiencia de la empresa franquiciadora, el contenido y características de la franquicia, la estructura y extensión de la red y, por último, los elementos esenciales del acuerdo.

29 Una de las causas de tal proliferación ha sido, sin duda, la aprobación de la Ley Modelo de UNIDROIT sobre franquicia, el 25 de septiembre de 2002. Ello se refleja en el contenido de las distintas normativas nacionales aprobadas con posterioridad a la misma, en la medida en que siguen los planteamientos propuestos por aquella. El objetivo de la Ley Modelo, como recoge el “Informe Explicativo” de la misma, “es proporcionar al legislador que ha decidido introducir en su derecho una legislación especial sobre la franquicia, una fuente de inspiración, un instrumento que pueda consultar y utilizar como modelo o un plan director cuando lo considere conveniente”. Sobre la misma, entre otros, MARTI MIRAVALLS, J., “Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre franquicia”, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (dir. Bosch Capdevila), Bosch, 2009.

30 Así, entre otras, destacan la Ley italiana núm. 129, “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, de 6 de mayo de 2004, desarrollada por el Decreto núm. 204, de 2 de septiembre de 2005; las “Measures for the Regulation of Commercial Franchise” en China, de 31 de diciembre de 2004 –reformadas por los Decretos número 15 y 16 del Ministerio de Comercio chino en 2007-; la Ley belga “relative à l’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial” –franquicia-, de 19 de diciembre de 2005; y/o la reforma de la “Disclosure requirements and prohibitions concerning franchising and business opportunity ventures” estadounidense de 23 de enero de 2007.

En lo que a este informe interesa, esto es, la regulación en España y Latinoamérica, sólo España, Brasil, México y muy crípticamente Argentina, disponen de normativa específica³¹. Del análisis conjunto de las distintas normativas pueden extraerse una serie de conclusiones relativas a la configuración del deber de información precontractual en el ámbito del contrato de franquicia. Primera, su finalidad es que el potencial franquiciado pueda decidir “libremente y con conocimiento de causa” su incorporación a la red de franquicia. Segunda, para ello el franquiciador deberá entregar por escrito una información “veraz y no engañosa” sobre diversas cuestiones –principalmente, el franquiciador, su red y el contrato-. Tercera, dicha entrega deberá realizarse “con una antelación mínima imperativa” antes de la firma del contrato, precontrato o de la realización de cualquier pago.

Su incumplimiento puede dar lugar a la anulabilidad del contrato por error-vicio del consentimiento si se cumplen los requisitos generales para su estimación: esencialidad y excusabilidad. La aplicación de estos requisitos al ámbito de las redes de franquicia permite obtener una serie de conclusiones. Primera: el causante del error del franquiciado derivado de la información transmitida -no dolosamente- en el documento de información precontractual es el franquiciador. Segunda: que atendido el contenido del documento de información precontractual, dicho error puede recaer sobre el objeto del contrato –el modelo de empresa transmitido por el franquiciador-, así como sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo –por ejemplo, las inversiones a realizar

para incorporarse a la red de franquicia-. Tercera: por tanto, el contrato de franquicia puede llegar a ser anulado por vicio del consentimiento, puesto que el error puede poseer entidad suficiente –“esencialidad”- como para que un tercero en la misma situación no hubiera contratado, o lo hubiera hecho en términos sustancialmente distintos. Y, cuarta: ahora bien, el contrato de franquicia no podrá anularse si el franquiciado, que alega el error invalidante, ha incurrido en él por “culpa”, o si el error versa sobre un aspecto respecto al que él había “asumido el riesgo” de error o sobre el que le “correspondía soportarlo” –“inexcusabilidad”-.

El carácter atípico de los contratos propios de las redes de franquicia en la mayoría de ordenamientos jurídicos no significa que no exista regulación que incida directamente sobre la configuración de dichos contratos y que necesariamente debe tomarse en consideración a la hora de configurar jurídica y económicamente una expansión nacional o internacional.

Las redes de franquicia pivotan normativamente sobre tres grandes bloques normativos: Derecho de Obligaciones y Contratos, Derecho de la Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia. El primero regula cuestiones como el cumplimiento e incumplimiento de los contratos. El segundo cuestiones sobre el uso de los signos distintivos. Y el tercero establece los límites indisponibles por las partes por su afectación al mercado. Este último reviste especial importancia puesto que en los últimos años la gran mayoría de países Latinoamericanos han aprobado sus respectivas leyes en materia de Defensa de la Competencia.³²

31 En el ordenamiento jurídico español el deber de información precontractual en el ámbito del contrato de franquicia viene establecido por el artículo 62.3 LOCM y por el artículo del 3 del RD 201/2010. En Argentina, el artículo 1514 del nuevo Código Civil y Comercial de 2014, Ley 26.994, establece que es obligación del “franquiciante: a) proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero”. Por su parte, en Brasil, la Ley nº 8.955, de 15 de diciembre de 1994, “Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências” desarrolla el deber de información precontractual en los artículos 3 y 4. Y en México el artículo 142, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Industrial de 27 de junio de 1991, establece que “Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta Ley”.

32 Desde su origen el contrato de franquicia aparece íntimamente relacionado con el Derecho de la competencia. En efecto, según afirma la mayor parte de la doctrina, el contrato de franquicia surgió en los Estados Unidos como un medio de eludir la prohibición “antitrust” que impedía a los fabricantes de automóviles vender por sí mismos sus vehículos a los consumidores finales, derivada de la prohibición contenida en las secciones 1 y 3 de la Sherman Act de 1890, sobre las restricciones a la competencia determinadas por los “trust”.

7. ELEMENTOS SUBJETIVOS

El franquiciador es titular del modelo de empresa y, por tanto, quién concede el derecho de explotación del modelo de empresa. En un contrato de franquicia el franquiciador puede ser el titular originario del modelo de empresa o un titular derivativo del mismo, como ocurre cuando el franquiciador ostenta dicha condición como consecuencia de la estipulación de un contrato de master franquicia con el franquiciador originario.

Que el franquiciador sea el titular originario o derivativo del modelo de empresa no es una cuestión baladí para el franquiciado. Así, por ejemplo, puede destacarse que en caso de que el franquiciador ostente dicha condición como consecuencia de un contrato de master franquicia la extinción de este contrato, con carácter general, conllevará la extinción de los contratos de franquicia estipulados por éste. Se trata de una manifestación del viejo principio romano “*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*” que sitúa el problema en el ámbito de la propagación de las ineficacias (nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión) en los contratos conexos. En este sentido, si se atiende a la naturaleza del vínculo existente entre los contratos de franquicia celebrados

por el master y el contrato de master franquicia estipulado entre éste y el franquiciador, en la medida en que existe una dependencia genética y funcional unilateral entre éstos, parece evidente que la extinción del contrato de master franquicia, que constituye un *prius* lógico y cronológico respecto de aquellos, se extenderá a los contratos de franquicia estipulados por el master como franquiciador. La extinción del contrato de master franquicia hará irrealizable la ejecución de los contratos de franquicia por la imposibilidad sobrevenida del master de cumplir con sus prestaciones.

Por su parte, el franquiciado es quien adquiere el derecho de explotación del modelo de empresa. Éste es siempre un empresario independiente que actúa en su nombre y por su propia cuenta. En ningún caso puede equipararse el franquiciado a un consumidor. Ni siquiera en el caso de que el 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 fuere el contrato no llegase a implementarse.³³

33 Así se pronunció la clásica sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de julio de 1997. En la misma línea se han pronunciado en reiteradas ocasiones los Tribunales españoles en sede de Audiencias. Así, pueden traerse a colación, entre otras, las sentencias de la AP de Madrid de 16 de abril de 2010, AP de Málaga de 13 de julio de 2005, AP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004, y AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 y 29 de noviembre de 2002.

8. CONTENIDO HABITUAL DE LOS CONTRATOS PARA LA EXPANSIÓN DE LAS REDES DE FRANQUICIA

En el presente apartado se recogerán las principales obligaciones asumidas por las partes en el marco de una relación de franquicia. Esto es, obligaciones del franquiciador respecto de los signos distintivos, saber hacer, formación y asistencia; obligaciones del miembro de la red respecto de las obligaciones pecuniarias y de explotación; así como el contenido de algunas cláusulas habituales de estos contratos.

8.1. PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR

La obligación principal del franquiciador en un contrato de franquicia es la concesión de un derecho positivo de explotación sobre un bien jurídico inmaterial complejo: el modelo de empresa definido por él. No se trata de una mera autorización de uso sino también de explotación, por lo que el franquiciador deberá poner a disposición del franquiciado el bien jurídico y hacer todo lo necesario para que éste quede en condiciones efectivas de explotarlo con la finalidad para la que se le ha autorizado. El conjunto de elementos patrimoniales organizados que constituyen el bien jurídico inmaterial objeto del contrato son, como mínimo, la transmisión de los signos distintivos, la transmisión del know-how y la prestación de formación y asistencia comercial y/o técnica.³⁴

8.1.1. RESPECTO A LOS SIGNOS DISTINTIVOS

El franquiciador debe poder asegurar el uso pacífico de los signos distintivos al franquiciado. La imposibilidad del franquiciador de impedir, tanto en el ámbito territorial contractualmente establecido, como para la clase de productos o servicios sobre los que se autoriza el uso, la perturbación por terceros de los signos distintivos de la red deberá tener como consecuencia la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto. No se trata ni de un supuesto de incumplimiento contractual ni de una hipótesis a resolver por la vía del Derecho de marcas³⁵

La garantía del ejercicio pacífico no es una cuestión fáctica sino jurídica. No se trata de si efectivamente se está perturbando o no al miembro de la red en el uso pacífico de los signos transmitidos – fáctica- sino si el franquiciador esta en posición jurídica como para poder garantizar el uso pacífico - jurídica³⁶.

34 Respecto de las obligaciones del franquiciador, en el ordenamiento jurídico argentino, artículo 1514 de su Código Civil y Mercantil.

35 En este sentido se han pronunciado en reiteradas ocasiones los Tribunales españoles. Así, entre otras, las sentencias de la AP de Madrid de 21 marzo de 2005, AP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004, AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003, AP de Asturias de 22 de enero de 2001, y AP de Barcelona de 10 de mayo de 2000, concluyen que la falta de titularidad registral de una marca por parte del franquiciador puede suponer la nulidad del contrato por falta de objeto.

36 Se trata de una cuestión que no tiene demasiado clara nuestra jurisprudencia, pues ha venido identificando uso pacífico y no perturbación efectiva desde una perspectiva meramente fáctica, cuando lo relevante para decretar la nulidad no es si se ha perturbado sino si el franquiciador está en posición de asegurar el uso pacífico a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el uso pacífico de la marca –entendido como dato fáctica- ha sido el elemento decisivo a la hora de considerar que la no inscripción en el Registro de la marca del franquiciador no suponía la nulidad del contrato por carecer éste de objeto, al no haber sido perturbados los franquiciados. Este ha sido el caso de las sentencias de las AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 y de Barcelona de 10 de mayo de 2000.

El poder del franquiciador de garantizar el uso pacífico de la marca al franquiciado deriva, con carácter general, de la titularidad registral de la misma, pero también puede derivar del hecho de que el franquiciador sea solicitante de marca o usuario extra-registral de una marca notoria o renombrada, tal y como disponen la mayoría de ordenamientos jurídicos en sede de Propiedad Industrial.

Por último, el franquiciador, por regla general, tiene la obligación

8.1.2. RESPECTO AL KNOW-HOW

El know-how es otro de los elementos esenciales del modelo de empresa objeto de transmisión en el contrato de franquicia. Por know-how se entiende un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y que, verificados por éste, cumplan cuatro requisitos: ser secreto, substancial, útil e identificado.

El franquiciador está obligado a garantizar al franquiciado la propia existencia del know-how en el momento de estipulación del contrato. No se trata sólo de acreditar la presencia de un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, sino que además éstos cumplan ab origine los cuatro requisitos exigidos: ser secreto, substancial, útil e identificado. Si al tiempo de la celebración del contrato de franquicia el modelo de empresa carece del know-how requerido, el contrato es nulo, sea por falta de objeto o porque el negocio jurídico carece de causa.³⁷

de entablar acciones legales contra los terceros que violen el derecho sobre la marca transmitida. Deberá actuar contra aquellos que realicen actos que supongan infracción del derecho de marca, siempre estas conductas afecten al derecho de uso de la marca por el franquiciado. No obstante, ello dependerá del tipo de licencia acordada, de las eventuales cláusulas estipuladas al respecto y, en última instancia, de la regulación existente en materia de Propiedad Industrial.

En el contrato de franquicia la efectiva transmisión del know-how se realiza por medio de una licencia, que presenta un eminente carácter mixto y se ejecuta por medio de diversas prestaciones. La obligación de puesta a disposición del know-how se realiza mediante obligaciones de dar y obligaciones de hacer que se complementan entre sí para alcanzar un mismo objetivo: la comunicación del know-how del franquiciador.

La obligación de dar, normalmente, se ejecuta mediante la entrega de los denominados manuales operativos, "corpus mechanicum" que constituyen el soporte físico del know-how y en los que se recogen la mayoría de los conocimientos que se van a transmitir. Los manuales son entregados al franquiciado para que los utilice en el ejercicio de su actividad y con la obligación de que los restituya cuando deje de necesitarlos. Por su parte, la obligación de hacer derivada de la comunicación del know-how se incardina en la obligación más amplia de formación y asistencia.

³⁷ En este mismo sentido se han pronunciado tanto la doctrina como los Tribunales españoles. En este sentido, por todas, sentencias de la AP de Zaragoza de 16 de septiembre 2003 y 17 de noviembre de 2003, en la que expresamente se estableció que al no haberse realizado ninguna prueba, testifical o pericial, que desvelara la consideración comercial del saber hacer comercial de la franquiciadora, de sus marcas, de su reputación... "el contrato carecía de verdadero y objeto cierto y por ende estaba afecto de la nulidad que se denuncia en la demanda". Por su parte, la sentencia de la AP de Madrid de 26 de febrero de 2008, resolviendo sobre un contrato de franquicia cuyo know-how consistía "en un sistema propio de comercialización de la prestación de servicio de la actividad de ocio y educación consistente en hacer accesible el conocimiento científico de una manera fácil y divertida para los niños entre 4 y 12 años" entendió que el incumplimiento de dicha transmisión respecto de los niños de 4 y 5 años, y aunque se cumplió respecto de los niños de 6 a 12, era "esencial, frustrándose las legítimas expectativas de la otra parte contratante".

Sin perjuicio de que puedan existir supuestos especiales, la obligación inicial del franquiciador de puesta a disposición del know-how se considerará completamente ejecutada cuando concluya la formación inicial que el franquiciador proporciona al franquiciado respecto al mismo y que, por regla general, coincidirá con la apertura del primer establecimiento franquiciado.

La obligación del franquiciador de mantener al franquiciado en el goce pacífico del know-how implica la obligación de impedir y ejercitar las correspondientes acciones frente a perturbaciones de terceros. Esta obligación varía en función de si se trata de una perturbación de mero hecho o de derecho. En este sentido, el franquiciador no ha de defender con carácter general al franquiciado de las perturbaciones o ataques de hecho que, en materia de know-how, son aquellas perturbaciones relacionadas con la apropiación indebida del know-how transmitido por parte de un tercero. Ello por cuanto las normas sobre competencia desleal y de protección del secreto comercial suelen atribuir legitimación al perjudicado, y no al titular del mismo. En cambio, el franquiciador estará obligado a entablar las correspondientes acciones legales en defensa del franquiciado ante las perturbaciones de derecho que sufra por la acción de un tercero basada “en un derecho que le corresponde”, esto es, cuando un tercero interpone acciones instando al franquiciado a cesar en la explotación del know-how transmitido alegando un derecho subjetivo de uso en un supuesto de evicción.

Puede ocurrir que un tercero obtenga idéntico know-how al propio de la red del franquiciador exclusivamente por su esfuerzo, sin incurrir en ningún ilícito concurrencial reprochable de acuerdo con la normativa de competencia desleal y sin que ninguna persona relacionada con dicho know-how haya incumplido su obligación de secreto. La solución que ofrecen los ordenamientos varía en función de diversos factores y, entre ellos, destacan la relevancia del perjuicio que dicha adquisición del tercero pueda infringir en la economía del contrato de franquicia, así como la circunstancia de si el tercero adquirió dichos conocimientos con carácter previo a la firma del contrato o posteriormente. En el primer caso podría llegar a constituir un supuesto de vicios ocultos. Por su parte, cuando el tercero hubiera adquirido los conocimientos con posterioridad al contrato,¹¹ la solución ordinaria no será la resolución del contrato por incumplimiento de su obligación de garantía, aunque en algunos casos esta circunstancia podría llegar a imposibilitar el mantenimiento de la economía contractual, al no poder conseguirse los fines perseguidos con la celebración del contrato y frustrando las legítimas expectativas del franquiciado. En estos supuestos, en cambio, parece que la consecuencia jurídica sí que podría llegar a ser la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento de su obligación de garantizar el uso pacífico del modelo de empresa –aunque es una cuestión discutible–.

8.1.3. RESPECTO A LA FORMACIÓN Y ASISTENCIA

Las obligaciones de formación y asistencia son un elemento esencial del modelo de empresa. Son consecuencia del sinalagma funcional del contrato y se corresponden recíprocamente con la obligación del franquiciado de explotar un bien jurídico tan complejo como es el modelo de empresa.

El franquiciado sólo puede cumplir correctamente con su obligación principal si el franquiciador le presta la necesaria formación y asistencia, tanto en la etapa inicial como durante toda

la vigencia del contrato. Si el franquiciador no adapta el modelo de empresa a las nuevas necesidades del mercado y no transmite los cambios constantes a todos los miembros de la red mediante las obligaciones de formación y/o asistencia, el modelo de empresa no conservará “el estado de servir” para el uso destinado, sobre todo en redes especialmente dependientes del factor tecnológico y, por tanto, el franquiciador incumplirá su obligación. Pero, al mismo tiempo, el franquiciado está obligado a asistir y recibir la formación y la asistencia.

Formación y asistencia son dos obligaciones autónomas e independientes pero íntimamente relacionadas. Función y finalidad no son conceptos equivalentes. Ambas obligaciones tienen como finalidad la comunicación de los conocimientos del franquiciador, no sólo de carácter secreto sino todo conocimiento necesario para la correcta explotación del modelo de empresa. En cambio, su función en la estructura y ejecución del contrato es distinta. La obligación de formación tiene por función el adiestramiento, preparación y entrenamiento del franquiciado y su personal en la explotación del modelo de empresa para la finalidad contractualmente acordada, es decir, respecto a su obligación principal de actuar como franquiciador de la red en el territorio contractual. Por su parte, la obligación de asistencia técnica y/o comercial tiene como función la prestación, tanto periódica como de carácter eventual y/o ad hoc, de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir en el desempeño de sus tareas específicas.

Salvo que las partes contractualmente hayan modificado la naturaleza de la obligación de formación y/o asistencia, el franquiciador, con carácter general, ejecuta correctamente esta prestación desarrollando a favor del franquiciado una actuación diligente encaminada a alcanzar el resultado esperado por aquél. La actividad diligente constituye el contenido de estas

prestaciones. Debido al carácter aleatorio o incierto del resultado de dichas obligaciones, el franquiciador no garantiza su obtención, salvo pacto expreso. La obligación de formación y/o asistencia del franquiciador en el seno de un contrato de franquicia constituye, por tanto, una obligación de medios que no de resultado. En consecuencia, aunque entra en el ámbito de la discrecionalidad contractual el modificar expresamente la naturaleza de esta obligación, en ausencia de pacto, el franquiciador sólo responderá en los casos de culpa o negligencia, como sería, por ejemplo, el error intencionado o la falta de capacidad del personal que ha de prestar al franquiciado la formación y/o asistencia, respectivamente.

Por su parte, a falta relevante de prestación continuada por el franquiciador al franquiciado conlleva la resolución del contrato, siempre que éste pueda acreditar el incumplimiento³⁸. Si bien, hay que tener en cuenta que existen pronunciamientos judiciales que resuelven a partir de indicios, considerando acreditación suficiente el haber reclamado formalmente por escrito su prestación al franquiciador durante la vigencia del contrato. En este sentido, el hecho de que el franquiciador no tenga una estructura que permita afrontar con garantías el correcto cumplimiento de las obligaciones de formación y asistencia resulta un indicio relevante del efectivo incumplimiento de la obligación, sentencias de la AP de Zaragoza de 10 de abril de 2000 y 25 de julio de 2000.

8.2. PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL MIEMBRO DE LA RED

En el presente apartado se abordan, con carácter general, algunas de las principales obligaciones de los miembros de la red. En la mayoría de ordenamientos jurídicos, debido a que las redes de franquicia de carecen regulación específica, la configuración contractual de las obligaciones asumidas por las partes queda a la

autonomía de la voluntad. En cambio, en algunos ordenamientos Latinoamericanos, como México y Argentina, el contenido del contrato, así como las obligaciones de las partes se encuentran expresamente regulados.³⁹

³⁸ En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2007. Aunque en el supuesto de hecho examinado en la sentencia, relativo a un contrato de franquicia, no estima la existencia de incumplimiento de la obligación. La AP entendió, entre otras muchas cuestiones, que no constituye incumplimiento de prestación principal de asistencia la no facilitación a la franquiciada de un estudio de emplazamiento y mercado que justificase la conveniencia de ubicar el local en la zona en que efectivamente se ubicó. Sobre la estimación de incumplimiento de la obligación de asistencia por parte del franquiciador, ver, sentencias de la AP Valencia de 21 de mayo de 1993, AP de Málaga de 25 de enero de 2005 y AP de Madrid de 15 de abril de 2005.

³⁹ Así, artículo 142 Bis 2 de la norma Mexicana; y artículo 1515 del Código Argentino.

8.2.1. OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Sobre el franquiciado recae la obligación principal de pago del precio o retribución al franquiciador en las condiciones pactadas en el contrato. El régimen económico del contrato más común es exigir al franquiciado el pago de un canon de entrada y de unos cánones periódicos.

En este punto hay que advertir que ni el canon de entrada ni los cánones periódicos son elementos esenciales de las redes de franquicia. En efecto, existen redes de franquicias que

establecen canon de entrada, pero royalties; redes de franquicia que no establecen canon de entrada pero sí royalties; y redes de franquicia que no establecen ni canon de entrada ni royalties. Estas últimas sólo se encuentran en el sector de la distribución en el que el franquiciador es fabricante. En estos casos el retorno económico de la explotación de la franquicia se consigue mediante la obligación de aprovisionamiento exclusivo. Aunque lo más habitual en la práctica es la previsión contractual de canon de entrada y royalties.

8.2.1.1. CANON DE ENTRADA

El canon de entrada no supone una contraprestación a un único tipo de prestaciones en todos los contratos de franquicia, sino que es necesario determinar cada caso. La doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica que posee el canon de entrada. Pueden encontrarse diversas teorías al respecto: el canon de entrada simplemente retribuye el acceso a la red; el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de la autorización de uso de los bienes inmateriales; el canon, además del acceso, es contraprestación de la exclusividad concedida, en aquellos casos en los que se concede; y/o el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de tanto de la exclusividad como de la explotación del modelo de empresa.

A nuestro juicio, la naturaleza del canon de entrada no consiste en articular un pago adelantado de cesión de derechos, salvo pacto en contrario, sino retribuir el acceso de un tercero a la red del franquiciador en condiciones de implementar el modelo de empresa objeto del contrato según la finalidad que contractualmente se convenga. No cabe, por tanto, atribuir al canon de entrada una función más específica que la de retribuir al franquiciador y, por ende el pago como contraprestación es debido por el acceso a la red y las obligaciones que asume en el franquiciador con carácter previo a la correcta ejecución del contrato estipulado.

Ahora bien, según la naturaleza que las partes atribuyan al canon de entrada, las consecuencias jurídicas en caso de extinción anticipada del contrato son de extraordinaria relevancia práctica. Si no se adicionan derechos el canon de entrada está amortizado con el correcto cumplimiento de las obligaciones iniciales y, por tanto, en caso de resolución ante tempus no hay derecho a la devolución. En cambio, si contractualmente las partes adicionan derechos, como la exclusividad o la explotación del modelo de empresa, el canon adquiere la condición de pago adelantado de

cesión de derechos y servicios que no se van a disfrutar o prestar, justificándose un prorrateo de la cantidad pagada en función del tiempo de vigencia efectiva del contrato y, por tanto, procediendo a la devolución de la parte proporcional pagada y no disfrutada⁴⁰

Cuestión distinta, pero vinculada con el canon de entrada, es qué ocurre con la entrega de dinero a cuenta del canon de entrada, cuando por ejemplo se firma un precontrato, si finalmente el contrato no llega a estipularse⁴¹.

40 En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de la AP de Barcelona de 10 de junio de 2004, 12 de febrero de 2003 y 9 de septiembre de 2002; AP de Teruel de 24 de octubre de 2001; y AP de Madrid de 16 de octubre de 2007, aunque por motivos distintos. Especialmente relevante, por ser la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo español se pronunciaba sobre la cuestión, es la Sentencia de 1 de junio de 2009, que resuelve el recurso de casación presentado a la SAP de Barcelona de 10 de junio de 2004: "En el ANEXO I (contraprestaciones económicas), apartado 1 (obligaciones financieras del franquiciado), bajo la rúbrica "Derecho de entrada" (f.104), se estipula que "a la firma del presente contrato, la franquiciada satisfará a Retevisión Móvil, S.A. la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.) más I.V.A., a título de reembolso de todos los gastos soportados por Retevisión, S. A. para posibilitar la constitución de la presente relación comercial y como contraprestación por el uso, saber hacer y prestación continuada de asistencia técnica comercial". Con base en que el contrato se resolvió por causa imputable a la franquiciadora y que el mismo estuvo vigente más de un año, la sentencia de primera instancia entiende que cada parte debe asumir una cuota, y, consiguientemente, condena a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 7.011,81 euros. La sentencia de la Audiencia reduce esta cantidad a la de 3.506 euros, para lo cual tiene en cuenta: a) que el canon fue de dos millones de pesetas; b) que el 50% se agotó con la transmisión del know-how; y, c) la duración del contrato -el pactado y el efectivo-. La operación que realiza consiste en dividir el millón de pts. por 36 que era el número de meses de todo el contrato; el cociente lo multiplica por 15 que es el número de meses que duró la relación contractual; y la suma obtenida de 416.666 pts. la resta del millón, obteniendo el importe a devolver de 583.334 pts., es decir, 3.506 euros, añadiendo [dice] el IVA correspondiente. En el motivo primero del recurso se aduce, en síntesis, que la suma de 2.000.000 pts. se entregaba a título de "reembolso" (que supone según el Diccionario de la RALE "volver una cantidad a poder de quien la había desembolsado"), como un todo para que se iniciase el funcionamiento de la relación contractual de franquicia (por lo que no es susceptible de ser desmenuzado según el tiempo de duración del contrato), y que respondía a una inversión de la que ya se había beneficiado la actora (y por consiguiente era un pago por algo ya realizado, no una cantidad que se pagase por futuras prestaciones que se derivasen de lo realizado). El planteamiento de la recurrente se desestima porque la admisión del concepto resarcitorio por la resolución recurrida resulta razonable, habida cuenta que uno de los aspectos en que se basa el desplazamiento patrimonial -"contraprestación" según la cláusula- al tiempo de la perfección del contrato es el de la asistencia técnica comercial (y no solo por el "saber hacer"), y es obvio que la misma no se prestó totalmente al interrumpirse la relación contractual por causa imputable a la franquiciadora. Por ello, más allá de uno u otro importe concreto, tema del "quantum" que excede del ámbito del juicio casacional, no hay desproporción ni arbitrariedad en el criterio adoptado por la resolución recurrida".

41 Sobre este particular se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de la AP de Tarragona 4 de abril de 2008 y AP de Madrid de 27 de abril de 2009. Especialmente esclarecedora es la sentencia de la AP de Barcelona de 18 de mayo de 2009: "ninguna previsión existe en el contrato suscrito entre las partes relativa a las consecuencias en el supuesto de que finalmente no se celebrara el definitivo contrato de franquicia y al destino a dar a la cantidad entregada en concepto de "reserva de zona". Por tanto, otorgándose expresamente a dicha cantidad el concepto de "a cuenta del canon de entrada" (en nuestro caso también viene a conceptuarse así aunque no tan taxativamente), sin ningún carácter penitencial, y no habiendo acreditado la demandada gastos y perjuicios, ello determina la inexistencia de ningún título que la legitime para retener la cantidad, suponiendo tal hipótesis un claro enriquecimiento injustificado. La aquí apelante ha presentado la situación que concurre como equiparable a la del contrato de arras, pero de ningún modo pueden ser consideradas como arras penitenciales, que exigen estar claramente establecidas para poder dar lugar a sus graves y típicas consecuencias, cosa que no sucede".

8.2.1.2. ROYALTIES Y CANON DE PUBLICIDAD

Los cánones periódicos o royalties son obligaciones de pago que el franquiciado se compromete contractualmente a satisfacer de forma periódica como contraprestación de la explotación del modelo de empresa durante la vigencia del contrato y de las obligaciones que asume el franquiciador por ello, principalmente, obligación de formación y asistencia continua.⁴²

Las partes son libres de configurar la naturaleza de los cánones periódicos. El sistema retributivo más común en las redes de franquicia es la combinación de varios cánones periódicos en función de conceptos o partidas distintas: principalmente, cánones sobre cifras de ventas, que son *stricto sensu* los cánones que retribuye la explotación del modelo de empresa; y cánones en materia de publicidad, cuya labor es contribuir a la creación de un fondo de publicidad, que normalmente gestionará el franquiciador, en beneficio de toda la red y que, por tanto, no consiste tanto en una retribución al franquiciador como una contribución a la publicidad global de la red.

En el contrato de franquicia el canon de publicidad no genera en el franquiciador una obligación de gestionar estos ingresos a modo de depósito y, por tanto, los miembros de la red no poseen, al estilo del depositante, una facultad de control sobre el destino de los mismos.⁴³ Ahora bien, el correcto y suficiente cumplimiento de las campañas publicitarias por parte del franquiciador es una obligación fundamental de éste.⁴⁴

Por su parte, los cánones periódicos *stricto sensu* en una relación de franquicia suelen calcularse a partir de un porcentaje sobre la cifra de ventas del franquiciado o, aunque en menor medida, con base al beneficio obtenido por éste. En efecto, existen diversas opciones practicadas en el mercado como fórmulas de

determinación de los royalties, tales como el establecimiento de un porcentaje sobre la cifra de ventas, el pago de una cantidad fija o la fijación de un canon periódico en atención a la cifra de compras que el franquiciado realiza al franquiciador, en aquellos casos en que éste es fabricante y el franquiciado soporta una obligación de aprovisionamiento exclusivo -en estos casos, tal proceder facilita y anticipa el pago de royalties al franquiciador-. Estas distintas fórmulas de determinación de los royalties no son alternativas sino complementarias. De hecho, en la realidad del tráfico existen múltiples contratos que contemplan soluciones mixtas, esto es, en los que se paga una cantidad fija más un porcentaje en la cifra de negocios.

En los contratos de franquicia, al igual que en el resto de contratos de licencia sobre bienes inmateriales, es frecuente que en materia de cánones periódicos se establezca el denominado canon mínimo, tanto respecto al canon percibido por el franquiciado de los franquiciados por concepto de canon de entrada como por royalties. El canon mínimo no es una forma autónoma de pago, sino un complemento del sistema de cánones periódicos.

En la mayoría de las ocasiones el canon mínimo se configura como una cantidad que, en todo caso, es debida por el franquiciado al franquiciador en cumplimiento de sus obligaciones de pago. El franquiciado cumple con su obligación satisfaciendo la cantidad acordada en concepto de canon mínimo, con independencia de que la explotación llevada a cabo por el franquiciado sea insuficiente para justificar el pago. Por su parte, el canon mínimo asegura al franquiciador el cumplimiento en términos de rentabilidad económica de la obligación de pago asumida por el franquiciado en este concepto, con independencia de la efectiva explotación que éste realice.

42 Sobre la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento de la obligación de pago de los cánones periódicos, ver, entre otras, sentencia de la AP de Valencia de 7 de enero de 2010 y sentencia de la AP de Tenerife de 9 de octubre de 2009.

43 En este sentido, se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, de 13 de marzo de 2006, en la que se concluyó que no había obligación del franquiciador de informar a los miembros de la red sobre el destino del canon de publicidad.

44 Así se pronuncia la interesante sentencia de la AP de Madrid de 30 de julio de 2008 en un supuesto en el que se hicieron desaparecer los anuncios publicitarios progresivamente de los medios de comunicación, considerando el Tribunal que "que dicha obligación sí es esencial en este tipo de contratos, dada la incidencia que tiene en las ventas las campañas de promoción a nivel nacional".

8.2.2. LA EXPLOTACIÓN DEL MODELO DE EMPRESA

El contrato de franquicia es un instrumento jurídico apto para la expansión económica de la red del franquiciador sin la intervención directa de éste, por lo que su interés básico se satisface a través de la explotación del modelo de empresa por parte del franquiciado.

Mediante la explotación por el franquiciado del modelo de empresa, el franquiciador, por una parte, satisface su interés económico, al percibir la retribución que, por lo demás, en la mayoría de ocasiones, está en función de los resultados de la explotación; y, por otra parte, la obligación de explotar diligentemente el modelo de empresa, además, tutela el interés del franquiciador en el aumento y consolidación del good-will de la red a nivel global. El franquiciado, por tanto, soporta necesariamente la obligación de explotar el modelo empresa porque su inactividad la deprecia o perjudica el good-will de la red⁴⁵

En el ámbito de las redes contractuales y, en especial, en las redes de franquicia, el análisis de la obligación de explotación es, por su propia naturaleza, el estudio de su contenido y, sobre todo, el de sus límites. El franquiciado, como consecuencia de la integración en la estructura organizada del franquiciador, debe supeditar o subordinar parte de su autonomía comercial al poder de dirección o control del franquiciador sobre la red, siempre

en orden a tutelar la imagen unitaria y homogénea de la red. La obligación de explotar el modelo de empresa adquiere, en este sentido, una singularidad propia. El franquiciado debe someterse, en el correcto cumplimiento de la misma, a ciertos límites y restricciones establecidos por el franquiciador. El franquiciado no sólo cumple su obligación de explotación del modelo de empresa mediante una actividad diligente encaminada a tal fin, sino que, además, se le exige que la realice bajo unas determinadas circunstancias.

La obligación de explotar el modelo de empresa por parte del franquiciado está sometida "cualitativa y cuantitativamente" al clausulado contractual y, por tanto, el tratamiento de la obligación de explotar del franquiciado debe completarse con el estudio de los efectos que la configuración contractual de esta obligación puede llegar a tener en el contexto económico en el que se ejecuta el contrato. En efecto, en la explotación del modelo de empresa el franquiciado está cualitativamente limitado en su actuación, puesto que, por una parte, ha de seguir las instrucciones del franquiciador y, por otra, su explotación está limitada a la finalidad contractualmente prevista.

8.2.3. OBLIGACIÓN DE APROVISIONAMIENTO EXCLUSIVO

La cláusula de aprovisionamiento exclusivo es aquella en virtud de la cual es miembro de la red de franquicia se obliga a adquirir los productos necesarios para la explotación del negocio franquiciado únicamente del franquiciador o persona designada por él. Su configuración contractual clásica configura su incumplimiento en causa justa de resolución del contrato⁴⁶

Si bien es importante tener en consideración que la cláusula de aprovisionamiento exclusivo plantea problemas desde la

perspectiva del Derecho de la Competencia. En este sentido, en Europa –y, por tanto, en España– sólo son lícitas si no tienen una duración indefinida o superior a cinco años, salvo que los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el miembro de la red de franquicia desde locales y terrenos que sean propiedad del franquiciador o estén arrendados por éste a terceros no vinculados con el miembro de la red, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador.

⁴⁵ En este sentido se han pronunciado en numerosas ocasiones los Tribunales españoles en sede de Audiencias. Así, entre otras, se ha reconocido la obligación del franquiciado de explotar el modelo de empresa en las sentencias de la AP de Madrid de 15 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2007, AP de A Coruña de 15 de diciembre de 2004 o AP de Granada de 5 de junio de 2000.

⁴⁶ Así, en el marco de contratos de distribución de productos, es clásica la cita a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 560/2012 de 2 octubre (RJ 2012\10121), en cuyo FJº 11 establece sin ambages que: "(...) el pacto de exclusividad, según el cual el distribuidor no podía distribuir vinos que hicieran competencia a los vinos HABSA, debe considerarse que afecta a la obligación principal, y su infracción debe estimarse grave, pues frustra la legítima expectativa de la

8.3. OTRAS CLÁUSULAS

En las redes de franquicia resulta habitual la incorporación una serie de cláusulas que reiteradamente se repiten en todos los contratos de esta naturaleza y que son fruto del peculiar objeto del contrato: el modelo de empresa. Su finalidad es tutelar los derechos de propiedad industrial que configuran el modelo de empresa, que son titularidad del franquiciador y que son transmitidos a todos los miembros de la red que lo explotan.

Su propósito es asegurar el correcto uso de los mismos y el mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red. Se trata, por lo demás, de acuerdos que, en otro marco, podrían reputarse anticoncurrenciales pero que, por la finalidad “necesaria, proporcionada y accesoria” a la finalidad del contrato de franquicia, tradicionalmente se ha admitido por las autoridades de la competencia su licitud concurrencial.

8.3.1. CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

En el contrato de franquicia resulta común la imposición al franquiciado de una obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar a aquella en la que se ejecuta el modelo de empresa, así como la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa.

industrial que constituyen el modelo de empresa se admite la licitud concurrencial de las mismas.

Ambas prohibiciones de competencia durante la vigencia del contrato, la directa y la indirecta, implican un comportamiento negativo o de “no hacer” que limita la libertad empresarial del franquiciado en cuanto al acceso mercado y a su capacidad para competir en él, si bien, en la medida en que se considera una medida necesaria para la tutela de los derechos de propiedad

La prohibición de competencia directa es aquella que limita la facultad del franquiciado en involucrarse por cuenta propia en el ejercicio de un comercio idéntico o similar a aquel que en el que se ejecuta el modelo de empresa⁴⁷. Por su parte, la prohibición de competencia indirecta restringe la capacidad del franquiciado de actuar en el mercado por medio de una persona interpuesta, normalmente el recurso a una sociedad de capital o a personas concertadas o testaferros, para el ejercicio de un comercio idéntico o similar a aquel en el que se ejecuta el modelo de empresa⁴⁸.

47 Sobre ella se pronunció la Comisión Europea en el caso Campari, Decisión de 23 de diciembre de 1977, considerando que tal medida contribuía a mejorar la distribución del producto, evitando la dispersión de los esfuerzos de venta, favoreciendo la constitución de stocks y acortando los tiempos de entrega. La Comisión también admitió la licitud concurrencial de la prohibición de competencia directa en el asunto Moosehead/Whitbread, Decisión de 23 de marzo de 1990.

48 A estos efectos resulta relevante la sentencia de la AP de Navarra, de 11 de noviembre de 1999, en la que se estimó la resolución de un contrato de franquicia por infracción del pacto de no concurrencia durante la vigencia del contrato. Más recientemente, sentencia de la AP de Tarragona 30 de enero de 2008 y sentencia de la AP de Barcelona de 11 de noviembre de 2008.

8.3.2. CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

En los contratos de franquicia, al igual que en todo contrato propio de las redes de franquicia, resulta común la imposición al franquiciado de una obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público. Se trata de la conocida cláusula de confidencialidad, también llamada de prohibición de divulgar u obligación de secreto, en virtud de la cual el franquiciado se obliga respecto al franquiciador a no revelar a terceros el know-how puesto en su conocimiento tras la celebración del contrato de franquicia, en tanto dichos conocimientos técnicos mantengan su condición de secretos⁴⁹.

La obligación de secreto característica no sólo exige al franquiciado que no revele los conocimientos que revisten la condición de secreto sino, también, que adopte cuantas medidas

fueran necesarias para evitar que terceros puedan apoderarse del mismo.

En la medida en que el know-how es un elemento esencial en los contratos típicos de las redes de franquicia y el carácter secreto o reservado es inherente por naturaleza al mismo, la cláusula de confidencialidad en este contrato adquiere la condición de consecuencia natural y, por tanto, resulta exigible, incluso, en ausencia de pacto expreso⁵⁰. No obstante, en la práctica, resulta común el establecimiento de cláusulas de confidencialidad que, además de prohibir la divulgación del secreto, impone al franquiciado una obligación de hacer, consistente en exigir a todo aquel que entra en contacto con el know-how, tanto sus auxiliares como colaboradores, la estipulación de una cláusula de confidencialidad, responsabilizando a éste de cualquier divulgación acaecida por cualquiera de aquéllos.

49 En efecto, la Comisión reconoció como límite implícito al deber de secreto del know-how el hecho de que éste conserve tal condición. En este sentido, se pronunció la Comisión Europea en las Decisiones de 22 de diciembre de 1987, caso "Rich Products/Jus-rol", y de 13 de octubre de 1988, caso "Delta Chemie/DDD". 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 explotación en la red de franquicia que, como cualquier otra actividad empresarial no tutelada específicamente por el ordenamiento, debe estar sometida 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. La obligación de secreto fue justificada, desde la perspectiva anticoncurrencial, por la Comisión Europea, ya en su Decisión de 9 de junio de 1972, caso "Davidson Rubber", argumentando el interés de su propietario en que sus conocimientos y experiencia no fueran comunicados a otra empresa distinta de la autorizada por él; y en la Decisión de 13 de octubre de 1988, caso "Delta Chemie/DDD" en el que se consideró que la obligación de secreto formaba parte del derecho del titular del know-how a disponer libremente del mismo -lo que confirmaba la esencialidad del secreto en el know-how. Concretamente, en el ámbito de las redes de franquicia la cláusula de confidencialidad fue admitida tanto por la Comisión Europea, en sus Decisiones de 17 de diciembre de 1986, caso Yves Rocher, de 13 de julio de 1987, caso Compueterland, de 14 de noviembre de 1988, caso Servimaster y de 23 de diciembre de 1977, caso Campari (las dos primeras para el ámbito de la franquicia de distribución, la tercera para la franquicia de servicios y la cuarta para la franquicia industrial), como el TJCE, aunque de manera indirecta, en la sentencia de 28 de enero de 1986, caso Pronuptia.

50 En México, la obligación de secreto del franquiciado está expresamente en el artículo 142 Bis 2 de la Ley de Propiedad Industrial: "El franquiciatario deberá guardar durante la vigencia del contrato y, una vez terminado éste, la confidencialidad sobre la información que tenga dicho carácter o de la que haya tenido conocimiento y que sean propiedad del franquiciante, así como de las operaciones y actividades celebradas al amparo del contrato". En esta misma línea, el artículo 1515, letra d), del código Civil y Comercial de Argentina atribuye la condición de obligación mínima del franquiciado la de "mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato".

8.3.3. CLÁUSULAS DE RETORNO

La cláusula de retorno se ocupa de una cuestión trascendental en el seno de una red de franquicia. Se trata del intercambio de experiencias e informaciones técnicas derivadas de la explotación en común del modelo de empresa. En la medida en que el objeto del contrato es un modelo de empresa y éste, como tal, es una realidad dinámica, la explotación del mismo contribuye a su constante evolución y desarrollo. Y más si cabe cuando la explotación se realiza en mercados distintos como habitualmente ocurre en el caso de un contrato de franquicia.

La cláusula de retorno, por tanto, está relacionada con las mejoras o perfeccionamientos técnicos que un miembro de la red, incluido el franquiciado o cualquiera de sus franquiciados, puede realizar no sólo en el know-how propio de la red sino, en general, en relación con la explotación del modelo de empresa, obligando a éste a transmitir al franquiciador las mejoras que ha obtenido durante la explotación del modelo de empresa. Mediante la cláusula de retorno se permite a todos los miembros de una red de franquicia adaptarse más rápidamente, por la experiencia adquirida por

alguno de ellos, a las nuevas necesidades del mercado, aumentado, dada la globalización del consumo, la competitividad de todos ellos y de la propia red en sí misma considerada. La obligación de retorno se trata, en este sentido, de una obligación que pone de manifiesto la estrecha colaboración e interdependencia funcional existente en el seno de una red de franquicia.

La preocupación de las autoridades en materia de libre competencia respecto de la cláusula de retorno no se centra en el análisis de licitud de la cláusula en sí, sino en la delimitación de los términos en que debe ser establecida por las partes para que no resulte abusiva y conduzca a resultados contrarios a los que justifican su licitud. Actualmente, se considera lícito, desde la perspectiva concurrencial, la imposición contractual al franquiciado de una obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación del modelo de empresa, concediendo a éste y a los otros miembros de la red una licencia no exclusiva para la explotación de los conocimientos técnicos derivados de dicha.

8.3.4. EL PACTO DE COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL

Otra cláusula habitual de estos contratos es el llamado pacto de competencia post-contractual. Ésta cláusula, que no plantea problemas desde una perspectiva contractual, y así está legalmente reconocida en algunos contratos como los de trabajo

o el contrato de agencia en toda Europa, en cambio sí que plantea problemas desde una perspectiva concurrencial. El Derecho de la competencia siempre los ha tenido en su punto de mira.

En concreto, estos pactos sólo serán válidos si, siendo imprescindibles para proteger conocimientos técnicos del franquiciador, están limitados a los bienes o servicios objeto del contrato (límite objetivo), al local y terrenos desde que el franquiciado ha operado durante el contrato (límite territorial), y no excedan de un año desde la extinción del contrato (límite temporal) -ello sin perjuicio de la posibilidad de pactar restricciones ilimitadas en el tiempo por lo que respecta al know-

how del franquiciador⁵¹.

En sentido similar, el artículo 1522, párrafo último, del Código Argentino establece que “La cláusula que impide la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias”.

51 En relación con esta última restricción se ha pronunciado el TJUE (Sala Octava) mediante el auto de 7 de febrero de 2013 (C-117/12), caso La Retoucherie de Manuela, S.L vs. La Retoucherie de Burgos, S.C. La AP de Burgos planteaba dos cuestiones prejudiciales. Primera, si la frase “local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual” que utiliza el artículo 5, letra b), del Reglamento 2790/1999 debe entenderse limitado al lugar o espacio físico desde el que se hayan vendido los bienes o suministrado los servicios durante la vigencia del contrato, o puede extenderse a todo el territorio en el cual el comprador haya operado durante el período contractual. Segunda, en caso de pronunciarse el Tribunal por la primera de las interpretaciones, si en el caso de un contrato de franquicia en el que se asigna al franquiciado un determinado territorio la frase “local y terrenos” puede identificarse con el territorio en el cual el franquiciado haya operado durante el período contractual. A ello ha respondido el TJUE que “Una interpretación literal restrictiva es tanto más pertinente en el litigio principal cuanto que la disposición de que se trata establece una excepción respecto de la norma general enunciada en el artículo 5, letra b), del Reglamento nº 2790/1999, según la cual la exención por categorías prevista en el artículo 2 de este Reglamento no se extiende a las cláusulas de no competencia cuyos efectos perduran tras la extinción del contrato. Además, un Reglamento de exención por categorías como el Reglamento nº 2790/1999 debe ser objeto de interpretación restrictiva, a fin de evitar que sus efectos se extiendan a acuerdos o situaciones que dicho Reglamento no contempla (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 28, y de 28 de abril de 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 32)” -apartado 31-. Para concluir que “... tras la extinción del contrato, únicamente las cláusulas de no competencia cuyos efectos se limiten a los puntos de venta de los bienes o servicios contractuales pueden cumplir el tercero de esos requisitos. Esta interpretación es conforme con la del artículo 5, letra a), del Reglamento nº 2790/1999, que igualmente sólo se aplica a los puntos de venta, como las estaciones de servicio (sentencia Pedro IV Servicios, antes citada, apartado 64). A la inversa, las cláusulas de no competencia que se extienden a la totalidad del territorio asignado no gozan, tras la extinción del contrato, de la exención por categorías”.

9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La extinción del contrato de franquicia es la fase más conflictiva del mismo. Con la extinción surgen para las partes nuevos derechos y obligaciones, no sólo de carácter patrimonial. La ausencia de un régimen legal previsto relativo a la extinción del contrato comporta que, en ausencia de previsión contractual, los problemas que se plantean en esta sede deberán resolverse acudiendo, con carácter general, a las normas generales en materia de extinción de las obligaciones y contratos, planteándose la necesidad de analizar si será posible aplicar igualmente alguna de las normativas específicas existentes en materia de extinción contractual y, en particular, el régimen legal previsto para el contrato de agencia en la Ley del Contrato de Agencia. Si bien, en países como México y Argentina, la extinción del contrato de franquicia se encuentra parcialmente regulada en sus respectivas normas especiales en materia de franquicia.⁵²

Existen una multitud de situaciones que pueden tener como

consecuencia la extinción de un contrato franquicia. Unas derivan de la voluntad expresada ad hoc por las partes y otras del acaecimiento de una serie circunstancias objetivas. En este sentido cabe afirmar que el contrato de franquicia puede extinguirse por el mutuo disenso de los contratados; la denuncia unilateral del contrato o desistimiento ad nutum, en los contratos de duración indefinida; por el transcurso del tiempo en los contratos de franquicia a término; por incumplimiento resolutorio; y por determinadas circunstancias sobrevenidas que afectan a la personalidad de las partes (en relación con esta última cuestión los supuestos más comunes de resolución por causas subjetivas son la muerte, en caso de persona física, la extinción de la sociedad, en caso de persona jurídica, así como la transmisión de la empresa y la declaración en concurso).

dependerá de los concretos intereses que se pretenden proteger en función de la naturaleza del contrato.

9.1. DESISTIMIENTO UNILATERAL AD NUTUM Y PREAVISO

En los contratos para la expansión de las redes de franquicia concurren las circunstancias que tanto la doctrina como la jurisprudencia requieren para la admisión del desistimiento unilateral ad nutum con independencia de su reconocimiento expreso en el contrato. Para este reconocimiento, con carácter general, doctrina y jurisprudencia requieren la concurrencia de tres circunstancias: que se trate de relaciones obligatorias duraderas, en las que exista un intuitu personae y no tengan previsto un plazo de duración temporal.

No es habitual configurar los contratos de las redes de franquicia de carácter indeterminado, si bien, la realidad del tráfico demuestra su existencia. Y además estas reglas son de aplicación a los contratos de duración determinada que siguen ejecutándose tras el cumplimiento del plazo acordado.

Ahora bien, el derecho de las partes a desistir no es un derecho absoluto o ilimitado. Su ejercicio está sometido a las exigencias de la buena fe objetiva. Ello conlleva, por una parte, la exclusión del ejercicio extemporáneo y/o de mala fe, cuyo supuesto paradigmático es el desistimiento con finalidad expropiatoria; por otra, la observancia de un plazo de preaviso que, en ausencia de pacto, deberá respetar un período de tiempo razonable y prudencial para disminuir, en lo posible, las consecuencias lesivas de la extinción. El preaviso deberá realizarse, por tanto, en tiempo adecuado según las circunstancias del contrato. Si bien en la jurisprudencia no se ha mantenido una posición concreta. No hay un criterio jurisprudencial uniforme al respecto⁵³. Esta ausencia de criterio único no debe ser objeto de crítica en la medida en que, si se atiende a la finalidad del preaviso, la duración del mismo deberá estar en función de cada tipo contractual, pues su determinación

⁵² Artículo 142 Bis 3 de la norma Mexicana; y artículo 1522 del Código Argentino.

⁵³ En ausencia de plazo pactado, el Tribunal Supremo ha considerado que el plazo del artículo 25 de la Ley 12/1992 es un modelo razonable, sentencias del TS 28 enero 2002 y 21 noviembre 2005: un mes de preaviso por año de vigencia del contrato y hasta un máximo de seis meses. Por su parte, cuando los plazos de preaviso son pactados en el contrato los Tribunales españoles no suelen cuestionarlos. Así, sentencia del TS de 3 de julio de 1986 (seis meses), sentencia de la AP de Valencia de 31 de marzo de 2006 (tres meses), sentencia del TS de 17 de mayo de 1999 (un mes) o, siendo especialmente llamativa, sentencia de la AP de Burgos de 19 de enero de 1990 (quince días). No obstante, también existen pronunciamientos, como la sentencia del TS de 28 de enero de 2002, que determina la irrazonabilidad del plazo de dos meses.

9.2. RECOMPRA DE STOCK SOBRENTE

La recompra de stock sobrante se trata de un problema que suele generarse en los contratos de franquicia ejecutados en el sector de la distribución de productos. Extinguido el contrato de franquicia el régimen jurídico que cabe apreciar en respecto al stock sobrante variará en función de si la extinción del contrato resulta ser regular o irregular, esto es, tiene causa en un incumplimiento del franquiciador o no.

En caso de extinción regular no cabe reconocer un derecho de recompra pues el franquiciado, como empresario diligente, deberá gestionar el stock de manera que evite que queden productos no utilizados al fin del contrato o reducir éstos a un valor mínimo. En cambio, cuando la extinción del contrato se origina por un incumplimiento del franquiciador, el hecho de que el franquiciado no haya podido gestionar adecuadamente el stock por causa imputable a aquél, generará un deber de recompra. Se trata de resarcir al franquiciado permitiéndole la restitución de prestaciones no consumadas como consecuencia del incumplimiento resolutorio del franquiciador.

No obstante, la jurisprudencia no mantiene una posición unívoca al respecto. Con carácter general, si las partes pactan en el contrato el régimen jurídico del stock sobrante los Tribunales españoles se someten al designio expresado por éstas. Esta situación se

producirá tanto en el caso de ejercitar la facultad de desistimiento sin respetar el oportuno plazo de preaviso como en el supuesto de que, aunque se respete el plazo, se ejercite la facultad de desistir sin respetar un período de eficacia negocial mínimo susceptible de permitir al franquiciado la amortización de las inversiones realizadas, pues la inadecuación entre el período de vigencia del contrato y la importancia de las inversiones realizadas por el franquiciado, asimétricas y no recuperables a corto plazo, alteran el equilibrio de las prestaciones.

El problema se plantea en el caso de que las partes no hubieran previsto contractualmente qué ocurre con el stock sobrante a la extinción del contrato. Y en estos casos la jurisprudencia no se ha mostrado especialmente sensible a esta cuestión en ausencia de pacto entre las partes⁵⁴. Si bien, bajo determinadas circunstancias, como suele ser la denuncia del contrato abusiva, arbitraria y dañosa por parte del cabeza de red, existen pronunciamientos judiciales en los que se ha admitido una obligación de recompra del stock sobrante a la extinción del contrato por parte de éste⁵⁵. En estos casos, cuando la jurisprudencia ha reconocido el derecho de recompra del stock, se ha considerado que el precio de recompra debe ser equitativo y razonable para evitar que el miembro de la red se perjudique o, por el contrario, se enriquezca⁵⁶.

54 En este sentido el TS, en sentencia de 23 de diciembre de 2002, y a propósito de un contrato de agencia, declaró que "a diferencia de los vehículos, objeto del contrato de agencia, que estaban en poder del agente en concepto de depósito, los recambios y accesorios eran adquiridos en propiedad por el agente en virtud de los sucesivos contratos suscritos de compromiso de compra de recambios y accesorios, contratos en los que no se estableció pacto alguno de recompra que obligase al concedente a su readquisición, por lo que no puede hablarse de que se produzca un enriquecimiento injustificado para el concedente correlativo a una pérdida patrimonial para el agente. En este sentido procede admitir el recurso con la consecuencia de eliminar de la condena impuesta la obligación de recompra de los recambios y accesorios en poder del agente al finalizar el contrato." Por su parte, este razonamiento es asumido como propio, entre otras, por la SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2006.

55 Así, entre otras, sentencias del TS de 26 de abril de 2004, 18 de marzo de 2004, 10 de febrero de 2004, 26 de junio de 2003, 26 de abril de 2002 o 12 de junio de 1999.

56 Así, sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de diciembre de 1990.

9.3. COMPENSACIÓN POR CLIENTELA

En relación con el eventual derecho del franquiciado a una compensación por clientela a la extinción del contrato, si se atiende tanto a la función económica del contrato, cuya finalidad es la creación y consolidación de una red permanente, como a la propia naturaleza jurídica de la institución (retribución diferida de una actividad desarrollada durante el contrato no satisfecha y de la que el cabeza de red podrá seguir beneficiándose extinguido el contrato) se observa como, en relación con el contrato de franquicia, cabe tanto el recurso a la analogía legis, ex artículo 28 LCA, como incluso, como parece que se desprenden de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, a la analogía iuris, en la medida en que esta norma no hace sino plasmar una consecuencia derivada el principio de buena fe contractual en el ámbito de los contratos de red.⁵⁷

La compensación se configura como la liquidación de un activo en común. Si el propio contrato obliga a considerar como “activo común” la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor-franquiciador y no existe previsión contractual sobre su liquidación, procede su reconocimiento que “ha de ajustarse a las pautas previstas en la Ley de Contrato de Agencia para la

indemnización por clientela (art. 28)”⁵⁸.

Por tanto, a la luz de la más reciente jurisprudencia para reconocer un derecho a la compensación por clientela a favor del franquiciado en el momento de la extinción del contrato se requiere, en todo caso, que concurren una serie de requisitos: que no haya pacto expreso que deniegue el derecho, que la extinción del contrato sea total, que se pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el franquiciador y que, además, el reconocimiento resulte una consecuencia potencialmente equitativa.⁵⁹

Con todo, se trata de una cuestión de libre disposición. La compensación por clientela en el seno del contrato de franquicia posee carácter dispositivo, pues en este contrato rige el principio general de autonomía de la voluntad y, por lo tanto, las partes pueden incorporar una cláusula que excluya la mencionada compensación. En este sentido, son perfectamente válidos los pactos de renuncia a esta compensación, así como aquellos que no la eliminan pero sí la modulan o limitan.⁶⁰

57 Esta parece ser, por lo demás, la línea que también ha iniciado recientemente la jurisprudencia española en sentencias como las del TS de 15 de enero de 2008, dictada por el Pleno de los magistrados de la Sala de lo Civil con propósito unificador, de 26 de marzo de 2008 y de 15 de octubre de 2008. Como expresamente establece la reciente sentencia del TS de 21 de enero de 2009 “la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos de distribución de productos, puede ser posible su apreciación cuando se den las circunstancias oportunas en otros contratos atípicos”.

58 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 163/2016 de 16 de marzo-.

59 Esta es la posición que se adoptó por el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 20 de diciembre de 2005 sobre la aplicación analógica del artículo 28 LCA y que ha sido confirmada, entre otras, por las sentencias del TS de 22 de junio de 2007, 15 de enero de 2008, 15 de octubre de 2008 y 21 de enero de 2009. Los términos del Acuerdo alcanzado por la Sala Primera del TS de 20 de diciembre de 2005 fueron que no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante los criterios que dicho artículo establece resultarían aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la, indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente.

60 Esta posición, que resulta acorde con la sostenida por el TS en el acuerdo de 20 de diciembre de 2005 de que “no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 LCA”, parte de la premisa de que el contrato de franquicia, al igual que la mayoría de contratos de red se caracterizan por ser contratos atípicos y, por tanto, sólo subsidiariamente, en defecto de pacto, o cuando esta regulación contractual resulte insuficiente o presente lagunas, está justificada la búsqueda y aplicación de la normativa propia de un contrato típico. El reconocimiento de la validez contractual de los pactos de exclusión de la compensación por clientela en el seno de los contratos de red de distribución es, también, la posición que parece consolidada en el seno de la jurisprudencia. En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias del TS 25 de junio de 2010, de 21 de enero de 2009, 15 de octubre de 2008, 9 de julio de 2008, 15 de enero de 2008, de 20 de julio de 2007, 2 de diciembre de 2005, 5 de febrero de 2004, 18 de marzo de 2004, 26 de abril de 2004, 18 de marzo de 2002 y 28 de enero de 2002. De ahí que, como ha declarado la sentencia del TS de 15 de enero de 2008, dictada por el Pleno de los magistrados de la Sala Primera con propósito unificador, la aplicación analógica de la idea inspiradora del artículo 28 LCA, “fundamento final de la compensación por clientela” a favor del miembro de la red a partir de los principios del artículo 1258 Cc, sólo proceda cuando el contrato en cuestión no contuviera “previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato”. Criterio en el que, por lo demás, se ratifica el Alto Tribunal en las sentencias de 9 de julio de 2008 y 15 de octubre de 2008. Entre los pronunciamientos de Audiencias sostienen esta posición de admisibilidad de la exclusión de la compensación por clientela en el seno de los contratos de red de distribución, distintos del contrato de agencia, ver, las sentencias de la AP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003, AP de Madrid de 20 de diciembre de 2004, 21 de octubre de 2005, 24 de junio de 2005; y AP de Valencia de 11 de febrero de 2005.

10. CONCLUSIONES

El presente informe ha pretendido ofrecer una visión jurídico-económica de la expansión nacional e internacional de las redes de franquicia, prestando especial atención a las redes españolas y latinoamericanas. Tanto la realidad del tráfico económico, como las particularidades de internacionalización de las redes de franquicia, ponen de manifiesto cómo la expansión de redes españolas a Latinoamérica, y viceversa, es no sólo una realidad sino también una de las tendencias económicas de los próximos años.

En efecto, la realidad del tráfico económico justificaba la oportunidad del tema: “Las redes de franquicia: principales cuestiones jurídico-económicas. Especial referencia a la expansión en Latinoamérica”. En primer lugar, por la importancia que en los últimos años han adquirido las redes de franquicia frente a otros sistemas de distribución integrada, principalmente en Latinoamérica, donde la mayor parte del comercio minorista se integra en redes de franquicia. Y, en segundo lugar, porque en el mercado español y Latinoamericano empiezan a vislumbrarse los factores económicos que, en su momento, justificaron la internacionalización de las redes de franquicia en los EEUU.

Según los datos del sector, en el año 2016, el número de redes de franquicia españolas que se han internacionalizado a Latinoamérica sigue en la línea ascendente de los últimos años. La relación entre las redes de franquicia españolas y latinoamericanas cada vez es más intensa. El papel de las nuevas tecnologías, que permite una mayor facilidad a la hora de cumplir con las obligaciones propias del franquiciador, unido a la modernización del Derecho Latinoamericano en materias como la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia, abona un terreno cada vez más seguro para un fructífero crecimiento e

inversiones mutuas.

En términos absolutos, México es el segundo país con mayor número de redes de franquicia de origen español -sólo por detrás de Portugal-, Colombia el octavo, y Panamá el noveno. Y si atendemos al número de establecimientos, Brasil ocupa el cuarto puesto; México el quinto; y Argentina el séptimo. Por su parte, los países de América Latina con mayor expansión nacional e internacional de redes de franquicias son México, Brasil, Argentina, Venezuela, Chile, Perú y Colombia. En concreto, según datos del sector, Brasil es el país con mayor número de establecimientos franquiciados, seguido de México y Argentina. Se da la paradoja de que estos tres territorios son los únicos en Latinoamérica con regulación de las redes de franquicia.

En el informe se han analizado los distintos contratos utilizados en las redes de franquicia para su expansión, tanto nacional e internacional: contrato de franquicia, contrato de area development, contrato de master franquicia y contrato de area representation. Cada contrato cubre unas necesidades. Su conocimiento y comprensión es imprescindible para una adecuada expansión de la red entre los distintos países de Latinoamérica. Con este objetivo, y para contribuir a una mejor comprensión de los riesgos y ventajas de cada uno de los contratos, se han analizado las principales obligaciones asumidas por las partes, las cláusulas contractuales más características y los efectos jurídico-patrimoniales asociados a la extinción de estos tipos de contratos. Ahora sólo queda que los operadores económicos implementen estos conocimientos y tomen sus decisiones de expansión nacional e internacional de sus redes de franquicia con un mayor conocimiento de causa.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALON, I./ MCKEE, D., "The internationalization of professional business service franchises", *Journal of consumer marketing*, núm. 16, 1999.
- ALONSO SOTO, R., "Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia", *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia (AA.VV.)*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1990.
- CAFAGGI, F., "Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?", *EUI Working Paper*, núm. 15, 2008.
- EROGLU, S., "The internationalization process of franchise systems: A conceptual model", *International Marketing Review*, vol. 5, 1992.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistemas de comercio internacional*, Civitas, 2001.
- FUENTES CAMACHO, V., "Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de acceso", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 1, 2001.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial -know-how-. Concepto y protección*, Tecnos, 1974.
- KONIGSBERG, A., *International Franchising*, Juris Publishing, 1997-2003.
- LELOUP, J.M., *La franchise: droit et pratique*, Delmas, 2004.
- LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994.
- MARTI MIRAVALLS, J., "Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre franquicia", *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (dir. Bosch Capdevila), Bosch, 2009.
- MARTI MIRAVALLS, J., "El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 18, 2007.
- MARTI MIRAVALLS, J., "Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 28, 2007-2008.
- MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Thomson-Aranzadi, 2009.
- NEGRE, C., *La franchise. Recherches et applications*, Vuibert, 2004.
- RUIZ PERIS, J.I., "Un derecho específico para las redes empresariales", en *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo blanch, 2012.
- RUIZ PERIS, J.I., "Una nueva orientación del tratamiento antitrust de la coordinación empresarial en las redes de distribución", *Crisis económica y política de la competencia*, Tirant lo blanch, 2009.
- RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (encroachment)*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, 2000.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Vol. II, 2012.
- WELCH, L.S., "Diffusion of franchise system use in international operations", *International Marketing Review*, vol. 6, 1998.
- ZWISLER, C., *Master franchising*, CCH Incorporated, 1999.

12. ACERCA DEL AUTOR

JAUME MARTÍ MIRAVALLS

Profesor Contratado Doctor en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia. Acreditado a Profesor Titular de Universidad desde febrero de 2014. Colaborador en el área de Derecho Civil de la VIU. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, con la mención de "Tesis Europea", en 2009. Premio Extraordinario de Doctorado en 2010. Máster en Derecho de la Empresa en 2010. Autor de la obra "El contrato de master franquicia", Thomson-Aranzadi, 2009, 621 páginas. Ha publicado más de sesenta trabajos en revistas y obras de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho Mercantil, tanto a nivel nacional como internacional. Miembro de varios Proyectos de Investigación de ámbito nacional relacionados con el ámbito de las redes empresariales, especialmente la distribución comercial y la franquicia; así como en el sector Bancario y de las nuevas tecnologías. Ha realizado estancias de investigación trimestrales en Harvard, London School of Economics, Universidad de Florencia, Unidroit y Cambridge University. Ha recibido diversos

Premios de investigación como el Premio nacional de franquicia 2005 al mejor trabajo de investigación; Premio extraordinario de doctorado -Universidad de Valencia - 2010; Segundo Premio nacional "Garcia Goyena" al mejor trabajo de investigación 2007; Premio de investigación de la Asociación internacional de Derecho cooperativo 2005 al mejor trabajo de investigación; y Premio-accesit al mejor trabajo de investigación de la facultad de Derecho 2005 Universidad de Valencia. Ex Árbitro-Presidente de la Junta arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana. Ex Secretario del Máster de Estudios Internacionales y de la Unión Europea de la Universidad de Valencia. Secretario del Departamento de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia. Asesor Jurídico como of counsel en varias firmas nacionales. Sus principales líneas de investigación son los Contratos de distribución, franquicia y agencia; el Derecho de la competencia; el Derecho de la propiedad industrial; y el Derecho bancario.

viu | **Universidad**
Internacional
de Valencia

Síguenos en:



www.viu.es