

Comité de expertos de La AEF

Sección jurídica – Abogados de franquicia



MIEMBROS DEL COMITÉ



Editorial

El Comité de Expertos Jurídicos de la AEF ha demostrado, desde su constitución hace ya 9 años, su utilidad al servicio del sistema de franquicias español al que aporta seguridad jurídica, información y asesoramiento.

Quiero destacar, en este sentido, su participación en arbitrajes, la creación de una base de consulta sobre jurisprudencia de franquicia y su continua asistencia a cuantos precisan respuestas a sus consultas concretas, cuya forma más visible es la participación en las ferias especializadas que se celebran en nuestro país y la actividad de su página web (www.abogadosdefranquicia.com).

Ahora, podemos celebrar una nueva iniciativa con la puesta en marcha de una Newsletter pensada y realizada para acercar de forma más dinámica datos, opiniones y respuestas a las necesidades de una fórmula comercial basada en la confianza de las partes y necesitada, por ello, de la mayor transparencia y claridad.

Estoy seguro que esta Newsletter dirigida por el importante grupo de abogados especializados en franquicia que conforman el Comité de Expertos Jurídicos de la AEF se convertirá en un elemento fundamental para dotar de más seguridad aún a un sistema que se ha convertido en un elemento de extraordinaria eficacia para la comercialización de productos y servicios.

Xavier Vallhonrat

Presidente de la AEF

Sumario



Franquicia, Know-How y Propiedad industrial

Ana Soto, Cuatrecas, Gonçalves Pereira

2

¿Cuándo el Contrato de Franquicia finaliza o se resuelve, se puede suprimir el servicio y/o retirar el rótulo? Los límites al delito de coacciones.

Jordi Ruiz de Villa Jubany, Jausas Legal

3

La protección de datos personales en el ámbito de la franquicia

Mónica Muñoz González, Ceca Magán Abogados

4

El registro de franquiciadores: La obligación de comunicación de datos

Mónica Muñoz González, Ceca Magán Abogados

5

Entrega de información precontractual por el franquiciador

Javier Salvador Ortega, PAJARES&ASOCIADOS ABOGADOS

6

Intento de desarticulación de una red de franquicias a partir de la ley de condiciones generales de la contratación, ley de defensa de consumidores y ley de defensa de la competencia

Fernando García y Mercedes Zurrón, AGM abogados

7

La Expansión Internacional de la Franquicia Market for

José Domínguez, Ernst & Young Abogados

8

¿Es abusivo el Pacto de No competencia?

Prudencio Martínez-Franco, MARTINEZ-FRANCO

9

La famosa aplicación analógica del Artículo 28 de la Ley del contrato de agencia a los contratos de franquicia

Sergio Sánchez Solé, Garrigues

1

Franquicia, Know-How y Propiedad industrial

Ana Soto

Cuatrecas, Gonçalves Pereira

www.cuatrecasas.com

**CUATRECASAS,
GONÇALVES PEREIRA**

Por todos es sabido que la franquicia es aquella relación comercial en virtud de la cual el franquiciador concede a la red franquiciada su autorización para explotar (fabricar, utilizar, comercializar) un servicio o producto identificado con una marca y una imagen asentada en el mercado, así como un sistema probado para desarrollar el negocio, integrado por los conocimientos necesarios y asentados. Así, el franquiciado, a cambio de

una contraprestación, aprovecha el valor y la experiencia del empresario, que disfruta de determinada ventaja competitiva en su sector gracias al reconocimiento de su marca y la eficacia concurrencial de su sistema de negocio, ya sea de fabricación o de distribución.

En la práctica, pues, la franquicia instrumenta la cesión de un modelo de negocio, por lo que la licencia de uso de las marcas, símbolos, nombres, logos, enseñas, patentes y demás derechos de propiedad industrial, por un lado; y de un know-how válido, por el otro, junto con la prestación continuada de asistencia técnica para el buen fin del mismo, se constituye como el pilar básico sobre la que se asienta el sistema de franquicias, a la vez que representa la principal fuente de obligaciones para el franquiciador y el franquiciado. Por todas, las Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1996 y de 30 de abril de 1998, recogiendo el pensar unánime de nuestra jurisprudencia, elevan a característica fundamental y básica del contrato de franquicia la licencia del derecho de uso de las marcas, rótulos, patentes, emblemas, fórmulas, métodos o técnicas de fabricación o comercialización titularidad del franquiciante, para un tiempo y una zona geográfica determinada, bajo ciertas condiciones y control, contra la entrega de una prestación económica.

La primera consecuencia de esta conceptualización del contrato de franquicia tiene que ver con la validez del propio contrato. Así, la falta de un verdadero "saber hacer", industrial y/o comercial, diferenciado y probado, así como la existencia de vicios de nulidad o inexistencia de la marca, o la carencia de una suficiente implantación de la misma, pueden determinar la nulidad del contrato de franquicia, como consecuencia de la ausencia de un objeto cierto, requisito indispensable para la validez de los contratos por imperativo de nuestro Código Civil.

La segunda consecuencia es la necesidad de considerar, más allá de los pactos contractuales, la normativa específica, europea y nacional que regula los derechos inmateriales licenciados (know-how, signos distintivos, patentes), que deberá respetarse durante la vigencia del contrato y a su terminación.

En España, el número de franquicias de servicios y distribución es mucho mayor que el de franquicias industriales, por lo que la cesión de los signos distintivos (marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento), junto con la transferencia del know-how, se erige como una de las prestaciones que genera mayores consecuencias obligacionales para las partes en un contrato de franquicia.

Me referiré en primer lugar al know-how propiedad del franquiciante, que en méritos del contrato será transferido a su red de franquicia para la explotación del modelo de negocio concreto. Por Know-how hay que entender cualquier tipo de información y conocimiento de carácter técnico, económico o comercial, que se mantiene confidencial y reservado del conocimiento general, y que tiene un valor económico (valor competitivo en el mercado) para su titular. Puede consistir en conocimientos técnicos, científicos o comerciales, asentados con base en la experiencia, siempre y cuando se trate de conocimientos secretos.

Al tratarse de bienes inmateriales, la primera obligación asumida por el franquiciante para materializar su transmisión es incorporarlo a un soporte, a modo de manual (de operaciones, de gestión). Pero la obligación respecto al know-how asumida por el franquiciante no se agota con dicha transferencia al inicio del contrato, sino que se dilata durante toda la vida del mismo como consecuencia de la existencia de un deber de prestar al franquiciado una labor constante de formación y asistencia suficiente, y comunicación de experiencias, constituyéndose ésta como una obligación necesaria y complementaria de la propia transferencia del know-how y, en consecuencia, junto con dicha transferencia, la médula del contrato.

El franquiciante implícitamente se obliga a mantener el know-how secreto, porque

justamente este hecho es el que determina la ventaja competitiva de la red de franquicias, lo que contractualmente se instrumenta a partir del pacto de exclusividad otorgado a favor del franquiciado. Al respecto, a modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 13 de marzo de 2006, ha declarado que un mismo franquiciador puede explotar varias redes franquiciadas de forma paralela, sin que ello pueda considerarse, en principio, incumplimiento del pacto de exclusividad contenido en los contratos de franquicia, ni tampoco un acto de competencia desleal, siempre y cuando cada una de las franquicias explotadas genere su propio know-how y no exista entre ellas ninguna clase de similitud.

Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del franquiciador de asistencia suficiente y constante, así como la obligación de secreto, ha sido interpretado por la jurisprudencia como esencial, y, en consecuencia, es causa de resolución del contrato por incumplimiento a instancias del franquiciado, con las consecuencias, especialmente indemnizatorias, derivadas de ello.

En segundo lugar, y en relación con la licencia de los derechos de propiedad industrial, en especial, de la marca, el franquiciador se obliga a garantizar a su red franquiciada el uso pacífico de las mismas, lo que significa ser propietario y tener todos los derechos de uso de la marca, el nombre comercial, y el resto de elementos distintivos, así como evitar, a través de los correspondientes mecanismos legales y/o acciones judiciales, cualquier colisión derivada de un uso infractor por parte de un tercero. Igualmente, por la propia naturaleza del contrato de franquicia, el franquiciado se obliga a mantener y mejorar su implantación y notoriedad. Directamente relacionadas con esta obligación están todas aquellas obligaciones relativas a la necesidad de proyectar una imagen corporativa, mediante la entrega de los manuales de imagen, marketing, comunicación, y la constante asistencia y formación, así como la obligación de inversión en una publicidad del negocio de la red que sirva para mejorar la notoriedad de la marca.

El ámbito temporal y espacial de la licencia para la explotación de los derechos de propiedad industrial del franquiciado será coincidente con la duración y el territorio concedido para el desarrollo de la franquicia, y el uso que autoriza dicha licencia ha de entenderse limitado a aquél necesario para el ejercicio de la actividad franquiciada.

Al igual que en el supuesto de las obligaciones inherentes a la transferencia del know-how, aquellas obligaciones derivadas de la licencia de los derechos de propiedad industrial del licenciante se configuran como esenciales, por lo que su incumplimiento podrá determinar la resolución del contrato de franquicia y la estimación del pago de las correspondientes indemnizaciones a favor del franquiciado por los daños y perjuicios causados.

La principal, o mejor, más conflictiva obligación asumida por el franquiciado en relación con el know-how y la propiedad industrial del franquiciante se acciona a la terminación del contrato, que implica para aquél una obligación de cese en el uso de los derechos del franquiciado (del know-how, las patentes, diseños y, por lo general, de los signos distintivos), porque ha cesado la licencia inherente a la franquicia que amparaba dicho uso. Dicha prohibición se extiende a la copia y la imitación asociativa o parasitaria. En consecuencia, el franquiciado deberá devolver, una vez finalizado el contrato, los manuales y suprimir cualquier signo identificativo de la marca y la imagen de la red de franquicias, de forma que al no hacerlo, además de incumplir las cláusulas post-contractuales que por lo general se incluyen en el contrato de franquicia, estará infringiendo los derechos del franquiciante, lo que está sancionado al amparo de la Ley de Competencia Desleal y la normativa de Propiedad Industrial. Al margen de lo anterior, es un hecho que el franquiciado durante el desarrollo del contrato ha tenido acceso y conocimiento del sistema de la franquicia, por lo que según el caso, podrá reproducir su propio basado en dichos conocimientos adquiridos, dentro de los límites que dispongan

los pactos de no competencia regulados en el contrato y que habrán de ajustarse, por otro lado, a la normativa europea de competencia.

La existencia de este binomio de protección del franquiciador ante el uso inconsciente de sus derechos exclusivos por parte del franquiciado, trae como consecuencia la concurrencia de dos medios de solución, que pueden ofrecer soluciones diferentes, especialmente en materia de cuantificación de las indemnizaciones reparatorias del daño causado por el acto infractor. Sobre ello trataremos en próximas ocasiones.



¿Cuándo el Contrato de Franquicia finaliza o se resuelve, se puede suprimir el servicio y/o retirar el rótulo? Los límites al delito de coacciones.

Jordi Ruiz de Villa Jubany
Jausas Legal
www.jausaslegal.com

J A U S A S

Una de las cuestiones que se plantea en los supuestos de terminación del contrato de franquicia con la oposición del franquiciado, bien sea por expiración del plazo contractual o bien por resolución anticipada del mismo, es si el Franquiciador puede incurrir en un delito de coacciones por dejar de prestar los servicios que venía otorgando al Franquiciado durante la vigencia del contrato de franquicia.

Ante tal situación, si el Franquiciado muestra su oposición a la resolución del contrato, y se procede a la interrupción de prestaciones, la reacción del Franquiciado puede ser: i) acudir a la jurisdicción civil ejercitando acciones por la que se declare la validez y continuación del contrato de franquicia solicitando, en su caso, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y/o solicitando cautelarmente que se obligue al Franquiciador a seguir prestando los servicios a los que viene obligado contractualmente; y/o ii) acudir a la jurisdicción penal por un presunto delito de coacciones previsto en el artículo 172.1 del vigente Código Penal.

Centrándonos en el este último aspecto, se debe partir de la base del principio de intervención mínima del derecho penal que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo de esa base, la doctrina jurisprudencial define el delito de coacciones como aquél que consiste en impedir hacer algo que la ley no impide hacer, u obligar a hacer algo a alguien con violencia, sin especificar si la violencia debe ser grave o no, y para poder apreciar la existencia del delito se exige:

1. Una actuación o conducta violenta de contenido material, de forma directa o indirectamente a través de terceras personas.
2. Un resultado al que se orienta la actuación, que es el de impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiere.
3. Ánimo de restringir la libertad ajena.
4. La ilicitud de la acción.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial actual de las Audiencia Provinciales no duda en considerar que la interrupción de un servicio por el Franquiciador en los supuestos de resolución por expiración del termino contractual o resolución unilateral del

contrato de franquicia por el Franquiciador, se enmarca dentro del ámbito jurisdiccional civil al enmarcarse dentro del propio cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Franquiciador.

Así el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero de 2002, Sección 5ª, rec. 377/2001 (LALEY 27425/2002); el Auto de Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de septiembre de 2004, Sección 17ª, rec. 300/2004 (LALEY 192434/2004); el de 11 de febrero de 2005, Sección 1ª, rec. 54/2005 (LALEY 33211/2005); el de 24 de noviembre de 2005, Sección 3ª (LALEY 229931/2005); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de febrero de 2006, Sección 23ª, rec. 12/2006 (LALEY 42601/2006) y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de enero de 2006, rec. 209/2005 (LALEY 3837/2006), todos ellos estiman que no concurren los requisitos para poder apreciar el tipo delictivo por tres motivos:

1. El derecho penal obedece al principio de intervención mínima: en el supuesto planteado no concurrían los requisitos del tipo penal de la coacción, al encontrarnos en el ámbito de una relación contractual, referente al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, y si la resolución instada por el Franquiciador tiene apariencia de legalidad o no, cuestión que puede resultar más o menos controvertida, pero no estaríamos ante una cuestión penal.
2. La interrupción de los servicios que venía prestando el Franquiciador no constituye acto coactivo, pues difícilmente esa interrupción puede llegar a encajar dentro de la definición de intimidación o violencia para poder integrar el ilícito penal.
3. Finalmente resaltan que la mayoría de los incumplimientos contractuales acaban impidiendo a la parte que cumple hacer lo que la Ley no prohíbe u obligarlo a efectuar lo que no desea.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que dichas resoluciones se refieren a casos concretos y reflejan una interpretación que podría variar en el futuro, y además ninguna de ellas es aplicable al supuesto de retirada del rótulo.



La protección de datos personales en el ámbito de la franquicia

Mónica Muñoz González
Ceca Magán Abogados
www.cecamagan.com



El artículo 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista establece expresamente que "la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquicia, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios".

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha tenido oportunidad de pronunciarse en su Informe 389/2003 acerca de cómo ha de regularse la protección de datos personales de los clientes en el ámbito de la franquicia, con motivo de una consulta planteada sobre si las entidades franquiciadas están obligadas a cumplir con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Para resolver dicha cuestión, la AEPD toma como punto de partida el precepto citado al definir claramente la actividad de la franquicia.

Así, de dicha definición se puede afirmar la distinta personalidad jurídica del franquiciador y franquiciado; por tanto, al actuar como empresarios independientes, la AEPD ha considerado en dicho Informe que ambas posiciones han de cumplir las obligaciones que el cuerpo legal citado otorga a los responsables de los ficheros y de los tratamientos de los datos personales, haciendo especial incidencia en la obligación de notificación de los ficheros en el Registro de la AEPD.

En definitiva, el criterio de la AEPD no es otro que determinar que no es suficiente que las obligaciones que establece la normativa sobre protección de datos personales hayan sido cumplidas por las entidades franquiciadoras. Franquiciador y franquiciado, por lo tanto, se encuentran en el mismo plano obligacional.

Si atendemos a la posición manifestada por la AEPD, podemos establecer que el franquiciador y el franquiciado están supeditados al cumplimiento de obligaciones tales como la notificación de los ficheros de datos de carácter personal de los que sea responsable, el establecimiento de las medidas de seguridad correspondientes, así como contar con su propio documento de seguridad.

Lo que no debemos dejar de considerar es que –como señala la AEPD– teniendo distinta personalidad jurídica, ambas partes no pueden poner en común los datos personales relativos a la clientela sin tener en cuenta la figura del consentimiento del cliente (interesado), teniendo en cuenta el alcance del artículo 11.2 de la Ley Orgánica citada anteriormente, que regula la comunicación de datos personales.

Sin perjuicio de tener como referencia el criterio de la AEPD, habrá que estar al contenido del contrato de franquicia en lo que se refiere el grado de responsabilidad que les corresponde a cada una de esas posiciones, franquiciador y franquiciado, respectivamente, con respecto a los datos de carácter personal de la clientela.



EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES: La obligación de comunicación de datos

Mónica Muñoz González
Ceca Magán Abogados
www.cecamagan.com



CECA MAGÁN ABOGADOS

La razón de ser fundamental de la existencia del denominado Registro de franquiciadores no es otra que "(...)la conveniencia de disponer de un censo actualizado de las franquicias, cuyo sector comercial está experimentando un fuerte desarrollo en España (...)", tal y como se contempla expresamente en la Exposición de Motivos del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia, y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (en adelante, el Real Decreto).

Asimismo, en la misma Exposición de Motivos se anticipa "(...)la mejora de la regulación del registro estatal creado en 1998, que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores, a los efectos de información y de publicidad; y, a este fin, se fijan las directrices técnicas y de coordinación entre los registros similares que pueden establecer las comunidades autónomas (...)"

La consulta del Registro (central) de franquiciadores se puede realizar accediendo a la web de Ministerio de Economía y Competitividad (Secretaría de Estado de Comercio), a través de la dirección <http://franquicias.comercio.es> en la que se incorpora la información sobre las franquicias que están operativas, atendiendo a distintos criterios de búsqueda, a saber:

- Por nombre de Franquicia
- Por sectores y CCAA
- Franquicias con control de calidad
- Franquicias adheridas a sistemas de arbitraje
- Franquicias con solución extrajudicial de conflictos
- Franquicia adherida a códigos deontológicos
- Franquicias consolidadas
- Franquicias que son una gran red

La regulación del funcionamiento y organización del registro de franquiciadores se desarrolla en el Real Decreto citado, destacando el contenido del apartado 3 del artículo 5, por cuanto establece que las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de cesión de franquicia deberán comunicar sus datos, en el plazo de tres (3) meses desde el inicio de su actividad, bien en el registro de la comunidad autónoma dónde prevea iniciar sus actividades o en el registro central –al que hemos hecho referencia anteriormente–, en el caso en el que la comunidad autónoma correspondiente no disponga de registro, o no prevea la necesidad de comunicación de datos.

Atendiendo a lo dispuesto en el Real Decreto, que viene a reproducir el contenido del artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista (según la redacción operada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo), la comunicación de datos del franquiciador no tiene carácter facultativo sino que es de obligado cumplimiento porque además prevé –expresamente– que el incumplimiento de dicha obligación lleve aparejada la correspondiente sanción, según el régimen previsto en la Ley 7/1996, y demás legislación que pudiera ser de aplicación.

Debemos concluir, por tanto, que no sólo se trata de una obligación que toda franquicia debe cumplir, sino que además redunda en la credibilidad y buen posicionamiento de la misma, al tratarse también de uno de los elementos que ha de contemplar la información precontractual, que todo franquiciado debe recibir con carácter previo a la firma del contrato.



Entrega de información precontractual por el franquiciador

Javier Salvador Ortega
PAJARES & ASOCIADOS ABOGADOS
www.pajaresyasociados.com

PAJARES & ASOCIADOS
ABOGADOS DESDE 1958

El deber de información precontractual en las redes de franquicia fue instaurado por el artículo 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y se desarrolla en el artículo 3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia, estableciendo en este sentido que con una antelación de veinte días a la firma del precontrato o contrato de franquicia, o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, este deberá dar por escrito al potencial franquiciado información veraz y no engañosa sobre sus principales datos de identificación, derechos de propiedad industrial, sector de la actividad franquiciada, experiencia, contenido y características de la franquicia y su explotación, estructura o extensión de la red en España y los elementos esenciales del acuerdo, todo ello con una finalidad protectora del minorista y que pretende que el potencial franquiciado pueda valorar, asesorarse y decidir con pleno conocimiento de causa y de forma reflexiva sobre la conveniencia de incorporarse a la franquicia.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha venido entendiendo que dicha obligación de entrega de información debe interpretarse en términos amplios, matizándola y atemperándola para no exacerbar las consecuencias de un incumplimiento meramente formal de las normas citadas por el franquiciador en relación con la mínima trascendencia que ello pueda suponer para la finalidad de protección del minorista, y en evitación también del indebido aprovechamiento que pueda pretender el franquiciado ante la imposibilidad de acreditación por el franquiciador de la entrega de la preceptiva información precontractual.

En este sentido pueden reseñarse diversas resoluciones judiciales, comenzando por la importante sentencia (por lo ejemplificadora) de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 21 de septiembre de 2004, referente a un asunto en el que el franquiciado solicitó la nulidad del contrato de franquicia con fundamento en el artículo 1261 del Código Civil por vicios en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento por el franquiciador del deber de información precontractual y, subsidiariamente, con fundamento en los arts. 1124 y concordantes del Código Civil, acción de resolución del contrato, alegando el incumplimiento por el franquiciador de las obligaciones a su cargo, sin que prosperasen las alegaciones del franquiciado, inadmitiendo el Tribunal la pretensión de nulidad del contrato de franquicia por dolo o error como consecuencia del incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales, considerando que la información que suministra el franquiciador no posee la relevancia suficiente para provocar la nulidad pretendida pese a incumplir las normas legales de tratos preliminares.

De igual forma existen diversos pronunciamientos al respecto en diferentes resoluciones judiciales, de los que se destacan los siguientes:

- ".../..efectivamente se presume que la información estaba en poder del franquiciado, lo que resulta plenamente lógico y conforme con la cultura empresarial, así como adecuado para cualquier persona avezada en el comercio y que, con experiencia o sin ella, apuesta por una inversión económica de gasto importante y que, por su objeto, comporta cierto riesgo en el éxito futuro y, por ende, en las expectativas de beneficio." (AP Barcelona, Sección 1ª, de 18 de enero de 2011).
- "En cuanto a la alegación de inexistencia, con anterioridad a la prestación del consentimiento contractual, de información veraz y debidamente fundamentada que la entidad franquiciada imputa a la entidad franquiciadora, habiendo quedado de este modo viciado el consentimiento, ha de indicarse que la Audiencia, que cita y transcribe en su sentencia el art. 62.3 de la Ley 7/1996 de 15 de enero, de

Ordenación del Comercio Minorista, y el artículo 3, letra e), in fine, del Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre, que desarrolla aquél, cuya infracción ahora se denuncia, tiene en cuenta, por un lado, que la entidad recurrente ya poseía tres franquicias, que se ha aportado a las actuaciones considerable documentación económica facilitada por la franquiciadora sobre las previsiones del negocio, que los socios no carecían de experiencia en el sector y que no se reclamó más información por la franquiciada ni se expuso queja al respecto hasta que se reveló la escasa rentabilidad del negocio, concluyéndose por el Tribunal "a quo" que se facilitó correcta y veraz información sobre los datos y hechos a que se refiere el art. 3 del RD 2485/98, con unas fundadas previsiones de venta que sin embargo no se vieron cumplidas por causas no imputables a la franquiciadora. Tal conclusión...ha de ser mantenida en sede casacional." (St. TS, Sala 1ª, de 30 de junio de 2009)

- " No obstante, como señala la doctrina, la exigencia legal del art. 3 del RD 2485/1998 de que la información precontractual conste por escrito deberá interpretarse en términos amplios, adaptándolo a las nuevas realidades – la introducción de la tecnología en la negociación – y entender que el requisito de escritura se refiere a que la información conste en un soporte duradero y accesible, y así es lo cierto que la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito del deber de transparencia en los contratos de red permite nuevas posibilidades de cumplimiento de la obligación de información precontractual, y la primera de ellas sería que el documento de información se encuentre en la página web del cabeza de red" (St. AP León, Sección 2ª, de 4 de noviembre de 2011).

En cualquier caso, y para salvaguardar la posición del franquiciador es totalmente recomendable que por parte del mismo se proceda siempre a facilitar la información precontractual de la franquicia en toda su amplitud, así como a documentar tanto la fecha exacta de la entrega de la misma como su concreto contenido, e incluso el compromiso expreso de guardar por el candidato la debida confidencialidad sobre todo ello.



Intento de desarticulación de una red de franquicias a partir de la ley de condiciones generales de la contratación, ley de defensa de consumidores y ley de defensa de la competencia

Fernando García y Mercedes Zurrón
AGM abogados
www.agmabogados.com/



Cuando una relación de franquicia se trunca por el incumplimiento del franquiciado y el franquiciador le exige el cumplimiento de las cláusulas que contemplan indemnizaciones, multas o penalizaciones derivadas de aquél, la respuesta del franquiciado es a menudo la de apelar al carácter impuesto de las mismas y pretender su nulidad calificándolas de abusivas.

Lo que resulta más peligroso es que diversos franquiciados, que desean salirse de una determinada Red de franquicias, por el motivo individual que sea, se unan para

intentar desvincularse del contrato respectivo que les obliga frente al franquiciador comœn, y pretendan dismantelar la Red mediante la obtenciœn de un pronunciamiento de nulidad, no solo de esas determinadas cláusulas, sino más aún, de la totalidad de cada uno de los distintos contratos de franquicia. Y no solo eso, sino que además lo hagan apelando a la corriente jurisprudencial que cataloga a los contratos de franquicia como contratos de adhesión; pero también a la pretendida mediación de un determinado engaño o vicio en el consentimiento generalizado a la hora de concertarlos (aún a pesar de tratarse de relaciones jurídicas que - aunque similares - no dejan de tener su propio discurrir diferenciado); e incluso en aras de la Ley de Defensa de la Competencia por una supuesta infracción de acuerdos colusorios (tanto a nivel nacional, como europeo) por parte del franquiciador por cuanto se habrán subordinado los contratos a la concertación de determinadas prestaciones suplementarias injustificadas (suministro de productos exclusivos, arrendamiento de rótulo distintivo, así por ej.), o la limitación o el control de la producción de los franquiciados (mediante consejos de dosificación de los productos exclusivos, así por ej., o prohibiciones de apertura de establecimientos competidores en zonas de exclusividad o de transmisión con reserva de adquisición preferente para el Franquiciador).

Tal ha sido el caso que se le ha planteado recientemente a los Juzgados de Barcelona, que finalmente han resuelto a favor del franquiciador:

- Primero, y en cuanto al supuesto engaño, por entender que se debía identificar el error invalidante que medió en cada uno de los contratos en particular, y no apelar - de forma genérica - a lo que en realidad pudieran ser determinados incumplimientos del franquiciador (falsas promesas de rentabilidad asegurada, inexistencia de elementos diferenciadores de los productos exclusivos frente a otros similares, engaño en los consejos de dosificación de dichos productos exclusivos, p.e.), que tendrían su tratamiento antes bien en sede de resolución contractual y no de nulidad.
- En segundo lugar, y en lo relativo a la nulidad basada en el carácter abusivo de determinadas cláusulas, por considerar que los franquiciados no podían acogerse a las disposiciones sobre Consumidores y Usuarios (LCGC 7/1998 y TRLGDCU, RD 1/2007) dado que no ostentan la condición de tales (consumidores) a tenor de lo previsto en el art. 3 TRLGDCU.
- Y por último, y en lo concerniente a la pretendida infracción de las normas de Defensa de la Competencia (art. 101 TFUE y art. 1 Ley 15/2007), al concluir el Juzgador que no había determinación de las circunstancias relativas a mercado, cuota, etc.. que permiten valorar la aplicación de dicha normativa. Máxime cuando pretendían acreditar la supuesta posición de dominio del franquiciador, tomando como referencia de mercado el referido al territorio de exclusividad asignado a cada uno de los franquiciados y no el mercado nacional en su totalidad.

Sin duda la situación de crisis generalizada nos traer  nuevos intentos de desvinculación de contratos que se encuentran plenamente vigentes, pretendiendo que no resulten aplicables las penalizaciones ni las obligaciones indemnizatorias que puedan estar previstas en su clausulado para estos casos, no por el hecho de que se iniciasen mediando engaño ni situación de abuso, sino - antes bien - porque lo que antes fue rentable, ahora, ha podido dejar de serlo, o al menos no reportar los beneficios que antes s  daba.



La Expansión Internacional de la Franquicia Market for

José Domínguez
Ernst & Young Abogados
www.ey.com/ES/es/home



La franquicia representa uno de los modelos de desarrollo empresarial más valorados y en mayor progresión en la actualidad y, sin duda, es uno de los preferidos por las grandes empresas a la hora de llevar a cabo estrategias de expansión internacional.

En gran medida, dicho éxito puede entenderse fácilmente, si tenemos en cuenta que la franquicia es una forma de organización corporativa que permite combinar tres elementos fundamentales para la expansión internacional de las empresas, esto es (i) una rápida expansión, (ii) una baja inversión de capital y (iii) un control adecuado de los procesos de distribución.

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL DE LA FRANQUICIA

Cada país, región o incluso ciudad, tiene unas características propias que dan como resultado una población con unas particularidades inherentes a ese área geográfica concreta. Dichas particularidades son de muy diversa índole: culturales, políticas, logísticas o legales, entre otras.

El estudio previo de las particularidades propias del área geográfica en la que se tiene intención de implantar la franquicia es fundamental.

Algunas de las consideraciones más importantes a tener en cuenta respecto del área geográfica elegida para extender el negocio, son las siguientes:

Aspectos culturales: Las características culturales de la población suponen un importante factor a tener en cuenta. Ello tiene repercusión en cuestiones tan elementales como la elección del nombre de la marca o franquicia que va a operar en un área geográfica determinada. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso de la cadena de comida rápida norteamericana "Church Chicken", que, dado el carácter musulmán de la población, opera en oriente medio bajo el nombre "Texas Chicken". Adicionalmente, en muchas ocasiones los franquiciadores deben considerar adaptar sus productos a las características del mercado al que tienen intención de acceder.

Estas cuestiones pueden suponer una variación en la estructura de precios e influir en la marcha del negocio de una manera significativa, por lo que es importante "adaptarse" a los potenciales clientes del negocio.

Aspectos relacionados con el aprovisionamiento de productos y equipamiento: La disponibilidad de proveedores y productos de calidad en el área geográfica seleccionada es fundamental, tanto para mantener una óptima calidad del producto, como para conseguir una homogeneidad en los productos o servicios ofertados por la franquicia, independientemente del lugar en que se encuentre. Es importante, pues, mantener ese "toque especial" o característico que diferencia a la franquicia en cuestión, de otros competidores.

Adicionalmente, en muchas ocasiones, el hecho de disponer de proveedores en la zona evita tener que importar los productos y, por tanto, posibilita mantener los costes y la competitividad de la franquicia. Asimismo, de esta forma se esquivan los

procedimientos y deberes impuestos por algunos países en relación con la importación de productos desde el extranjero, lo cual dificulta enormemente el funcionamiento de la franquicia y, en muchas ocasiones, incrementa los costes del negocio.

Aspectos legales: Sin lugar a dudas, uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta en un proceso de expansión internacional de una franquicia a un país determinado, es el estudio en profundidad de la legislación del país objeto de la inversión, así como las obligaciones que pudieran surgir de conformidad con la propia legislación nacional.

El análisis de los aspectos legales debe realizarse desde todos aquellos puntos de vista que pudieran influir en el negocio, así como en atención a aquellos requisitos establecidos por la legislación del país correspondiente, que deben ser satisfechos para el establecimiento y posterior mantenimiento de la franquicia.

A continuación, procedemos a detallar algunos de los aspectos legales más importantes, con carácter general.

- Regulación específica en materia de franquicia.
- Normativa en materia de competencia.
- Leyes de ordenación del comercio.
- Normativa en materia de Propiedad intelectual e industrial.
- Obtención de Licencias y Registros.
- Resolución de conflictos.

MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN CORPORATIVA DE LA FRANQUICIA INTERNACIONAL

Con carácter general, existen cinco vías o modalidades fundamentales a través de las cuales ejecutar la expansión internacional de una franquicia.

Contrato de Franquicia (Modalidad directa)

Mediante este método de expansión, el franquiciador suscribe un contrato de franquicia directamente con el franquiciado, en virtud del cual el primero cede al segundo la licencia de una marca para su explotación comercial, así como los métodos, procedimientos, tecnología y "Know-How" necesarios para el desarrollo del negocio, a cambio de un canon inicial y, generalmente, una remuneración periódica en función de los resultados del negocio.

De esta forma, el franquiciador mantiene una relación directa con el franquiciado en el país correspondiente, sin la intervención de ninguna persona interpuesta.

Este método permite ejercer un control directo sobre la figura del franquiciado. No obstante, al no estar presente el franquiciador en el país en cuestión, dicha capacidad de control queda claramente limitada. Adicionalmente, una elección adecuada del franquiciado se hace fundamental en este caso, pues, una mala gestión del negocio podría suponer una clara pérdida reputacional de la marca, entre otras consecuencias.

Contrato de Master Franquicia

El modelo de Master franquicia es el método más empleado por los franquiciadores para la expansión internacional de sus negocios.

En él, el Master franquiciador confiere al Master franquiciado el derecho a sub-

franquiciar el negocio en cuestión, en un área geográfica determinada. En este sentido, el Master franquiciador recibe una cantidad inicial a cambio de transmitir el derecho a sub-franquiciar al Master franquiciado, en un área geográfica y por un plazo de tiempo determinados. Adicionalmente, el Master franquiciador suele obtener un porcentaje de los beneficios de cada unidad o franquicia establecida en ese territorio, por el Master franquiciado.

Una de las grandes ventajas que confiere esta modalidad de organización corporativa de la franquicia, a parte de la rápida expansión, radica en la posibilidad que confiere a los franquiciadores de reducir costes y compartir el riesgo de los negocios, designando a un Master franquiciado para un área geográfica determinada.

Por lo que respecta a las desventajas, cabe destacar la falta o escasez de control que ejercen los Master franquiciadores sobre los sub-franquiciados. Ello puede acarrear problemas en relación con el uso y la imagen de la marca, en el supuesto de que el Master franquiciado no hubiere seleccionado correctamente a los sub-franquiciados.

Contrato de Desarrollo de Área

A través de este modelo de franquicia, el franquiciador confiere todos los derechos necesarios para constituir y desarrollar el negocio a un individuo, denominado "desarrollador de área" o "Area Developer", quien se encargará de implantar franquicias en un área determinada, por un periodo de tiempo determinado. En esta modalidad, sub-franquiciar no suele estar permitido, por lo que el desarrollador de área es el único encargado de velar por la correcta marcha de las franquicias en ese territorio, dirigiendo el día a día del negocio.

La principal ventaja de esta modalidad de organización corporativa de la franquicia, radica en que el franquiciador no tiene que "lidiar" con muchos "socios", sino únicamente con el desarrollador de área. Además, esta opción simplifica las negociaciones a la hora de extender el negocio y permite una rápida expansión.

Adicionalmente, dado que los desarrolladores de área son personas que conocen perfectamente el área geográfica en cuestión y, por tanto, el mercado, se pueden optimizar al máximo los resultados de la franquicia.

No obstante, esta modalidad requiere especial precaución a la hora de designar un desarrollador de área, ya que de él dependerá, en gran medida, el éxito o el fracaso del negocio en ese lugar determinado.

Representantes de Área

Mediante este tipo de contratos, el franquiciador designa a un representante en un área geográfica determinada para que (i) seleccione y reclute franquiciados en ese territorio y (ii) asista a los franquiciados, en nombre del franquiciador, facilitándoles los métodos, procedimientos, tecnología y "Know-How" necesarios para el desarrollo del negocio, llevando a cabo inspecciones, y asesorando a los mismos. Todo ello, a cambio de una remuneración.

A decir verdad, se trata de un contrato de prestación de servicios, en lugar de una modalidad de contrato de franquicia. Además, la facultad para decidir en última instancia qué franquiciados deben ser seleccionados, la ostenta el propio franquiciador.

De esta forma, el franquiciador ejerce un control directo sobre los franquiciados. Adicionalmente, esta modalidad permite rescindir el contrato con mayor facilidad, y descargar al franquiciador de la constante tarea de asistir a los franquiciados y llevar

el día a día del negocio.

No obstante, el franquiciador es, con carácter subsidiario, responsable de los actos ejecutados por el representante de área, frente a los franquiciados.

Joint Ventures

Una "joint venture" no es en sí misma una modalidad de contrato de franquicia. No obstante, es un contrato típicamente utilizado por los franquiciadores a la hora de ejecutar la expansión internacional de una franquicia.

Esta modalidad permite compartir los riesgos y costes inherentes al negocio. Adicionalmente, generalmente la compañía local en cuestión, con quien el franquiciador constituye la "joint venture", es conocedora del mercado y la población locales, lo cual sin duda revierte positivamente en la buena marcha del negocio.

Sin embargo, es importante seleccionar con acierto al socio, puesto que, al ser el conocedor del mercado local, el éxito del negocio depende, en buena parte, de su gestión.

Por último, conviene tener en cuenta que la compañía constituida será una sociedad local, y quedará, por tanto, sujeta a la jurisdicción del país al que se desee implantar la franquicia.

No es menos importante destacar que estas modalidades de organización corporativa no constituyen una lista cerrada. En efecto, es posible buscar modelos alternativos de organización corporativa que permiten combinar diferentes elementos de las modalidades expuestas anteriormente.

En base a cuanto antecede, podemos concluir nuestra exposición afirmando que, tanto un estudio previo del mercado, como una elección adecuada de la organización corporativa de la franquicia, son fundamentales a la hora de llevar a cabo una exitosa expansión internacional.



¿Es abusivo el pacto de no competencia?

Prudencio Martínez Franco
MARTINEZ-FRANCO
www.martinez-franco.com



Una de las cuestiones más problemáticas que suele plantear la relación de franquicia es la validez del pacto de no competencia, especialmente cuando la terminación del contrato se produce de forma anticipada y conflictiva por incumplimiento de cualquiera de las partes. Cuando el franquiciador exige al franquiciado el cumplimiento de dicho pacto, la reacción de éste suele ser siempre la misma: el pacto de no competencia ha sido impuesto por el franquiciador de manera unilateral y es nulo por su carácter abusivo e injustificado.

Si bien el pacto de competencia plantea una problemática variada y extensa, nos ha parecido oportuno destacar las consideraciones contenidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de marzo de 2007 sobre la validez del pacto de no competencia, incluso cuando tiene la consideración de condición general inserta en un contrato de adhesión.

En efecto, la Audiencia no duda en catalogar los contratos de franquicia como

contratos de adhesión, ya que la mayoría de las cláusulas de los mismos (entre ellas, el pacto de no competencia) han sido establecidas previa y unilateralmente por el franquiciador, sin que el franquiciado tenga posibilidad de negociarlas o modificarlas, o por lo menos no en los aspectos sustanciales. Sigue así la jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1.997.

A continuación, la Audiencia pasa a analizar si la cláusula en cuestión es nula o ineficaz conforme al artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Concretamente, el contenido de la cláusula era el siguiente: el franquiciado asume el compromiso de dar cumplimiento a la obligación de "Abstenerse de ejercer, en ningún caso, por sí, por terceras personas, o por medio de su participación en sociedades mercantiles, actividades de naturaleza idéntica, similar o conexa con aquella que constituye el objeto del presente contrato de Franquicia, manteniéndose en tal prohibición durante un (1) año posterior a la fecha de la extinción de la relación contractual que vincula a las partes. Dicha prohibición regirá para la zona de exclusividad otorgada en este Contrato."

La Audiencia estima la validez de la cláusula por tres motivos:

- En primer lugar, porque por el solo hecho de tratarse de una condición general, la misma no ha de reputarse abusiva o nula.
- En segundo lugar, porque el franquiciado no es consumidor y no se aprecia infracción de los requisitos que establece la Ley para la validez de esta estipulación.
- Finalmente, porque se trata de una cláusula usual en este tipo de contratos cuya finalidad es la de mantener y proteger la clientela, tal como se preveía en el artículo 3 del Reglamento de la Comunidad Europea 4087/1988.

Sentada así la validez del pacto de no competencia como condición general de los contrato de franquicia, en próximos artículos analizaremos otras cuestiones como su alcance o las consecuencias de su incumplimiento.



La famosa aplicación analógica del Artículo 28 de la Ley del contrato de agencia a los contratos de franquicia

Sergio Sánchez Solé
Garrigues
www.garrigues.com



Si atendemos al menos a la jurisprudencia reciente y a sus comentarios, pocas cuestiones del contrato de franquicia generan mayor interés que la posible aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, a la extinción de los contratos de franquicia.

En este sentido, sabido es que en la citada norma se prevé una indemnización por clientela para el agente cuando se extinga el contrato de agencia; el agente haya aportado nuevos clientes al empresario (o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente); la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario; y la indemnización resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda el agente o por las demás circunstancias que concurran en la

extinción. En la norma se establece además que la indemnización nunca podrá exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Al igual que han hecho y hacen muchos distribuidores o concesionarios cuando se resuelven sus contratos, no son pocos los franquiciados que con ocasión de la extinción de sus contratos de franquicia reclaman a los franquiciadores una indemnización por clientela invocando precisamente la aplicación analógica de esta disposición de la Ley del Contrato de Agencia.

Los partidarios de la analogía suelen recurrir, entre otros argumentos, al hecho de que ambos contratos, la agencia y la franquicia, comparten una similar función económica y se hallan integrados, junto con el contrato de distribución o de concesión mercantil, dentro de la clasificación doctrinal de “contratos de distribución” o “contratos de colaboración”. Se insiste de este modo que tanto en el contrato de agencia como en el de franquicia se produce una verdadera integración comercial y que la clientela debe considerarse como un activo común que deberá liquidarse entre las partes cuando se extinga la integración.

Los contrarios a la aplicación analógica del artículo, por el contrario, sostienen que las diferencias entre ambos tipos contractuales (en especial, la actuación en nombre y por cuenta propios del franquiciado, y los distintos sistemas de remuneración en cada contrato) no pueden ser obviados, e impiden por tanto la analogía.

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia se muestra dividida en esta cuestión. De este modo, es especialmente significativa, por las referencias que a la misma realizan muchas otras sentencias, la STS 697/2007, de 22 de junio (relativa a un contrato de distribución), en la que se recapitula sobre la jurisprudencia existente a favor o en contra de la aplicación analógica y se acaba sosteniendo que la indemnización por clientela “*no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos utilizados por los empresarios para la distribución de productos, puede ser apreciada en otros contratos, entre los cuales el de distribución.*” Con ello el Tribunal Supremo parecería estar abriendo la puerta a la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a la extinción de los contratos de franquicia.

La división se mantiene sin embargo en las Audiencias Provinciales, siendo numerosas las sentencias a favor, con más o menos matices, de la aplicación analógica (por ejemplo, la SAP Barcelona (14) de 10 de junio de 2004, la SAP Madrid (14) de 5 de mayo de 2010, la SAP Madrid (8) de 12 de marzo de 2012 y la SAP Madrid (19) de 29 de abril de 2010), pero siéndolo también también las sentencias contrarias a dicha aplicación (por ejemplo, la SAP Tarragona (1) de 30 de enero de 2008, la SAP Valencia (6) de 28 de abril de 2000, la SAP Alava (1) de 10 de abril de 2006, la SAP Burgos (3) de 2 de diciembre de 2011 y la SAP Málaga de 30 de noviembre de 2005). Estas últimas sentencias fundamentan la falta de aplicación analógica, entre otras cuestiones, en la ya citada falta de identidad que existiría entre ambas figuras contractuales y en el hecho de que en la franquicia la clientela es atraída por la marca del franquiciador.

Comité de expertos de La AEF

Sección jurídica – Abogados de franquicia

El Comité de Expertos Jurídicos de la Asociación Española de Franquiciadores está formado por abogados destacados en el mundo de la abogacía por sus conocimientos y práctica en el sector de la franquicia, capaces de prestar servicios jurídicos y de asesoramiento altamente especializado en cualquier aspecto relacionado con la franquicia.

Teléfono
de Contacto
902 820 728



www.abogadosdefranquicia.com
info@abogadosdefranquicia.com

Asociación Española de Franquiciadores



La Asociación Española de Franquiciadores reúne a aquellos franquiciadores que desarrollan actividades en España, comprometidos con los principios éticos del sistema de franquicias y que por ello, se comprometen a cumplir con las normas del Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

www.franquiciadores.com
aef@soporte1.com
info@aefranquiciadores.com

"De acuerdo a la Ley 15/1999 sobre Protección de Datos personales, informamos que su dirección e-mail forma parte de los ficheros de Asociación Española de Franquiciadores, que la utilizará con la finalidad de mantenerle informado sobre las noticias o eventos que pueden resultar de su interés. En cualquier caso, podrá en todo momento ejercer sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación dirigiéndose por escrito a la dirección de Pº de Gracia, 118, Principal, 08008 Barcelona o vía e-mail a bajaboletin@abogadosdefranquicia.com. Si ha recibido este mensaje por equivocación, por favor, destrúyalo y notifíquelo por correo electrónico. Gracias."

Nuestro número de contacto 902 820 728 - Copyright © 2014. Derechos reservados.

ATENCIÓN: Por razón de protección de datos usted puede recibir la newsletter repetida. Rogamos disculpe por la inconveniencia y le recordamos que puede darse de baja de cualquier base de datos que desee, para no recibir por duplicado la newsletter en próximas ocasiones.

Si desea darse de baja de este boletín [pulse aquí](#) e indiquenos la base de datos de la que desea darse de baja.