

I. CONCEPTO DE FRANQUICIA:

Franquicia: posibilidad que tienen los gobiernos y las empresas, en economía de ceder a otra empresa el derecho de realizar una determinada actividad económica. El término tiene varias acepciones. Por ejemplo, en el caso de un municipio, este puede otorgar una franquicia a una empresa privada para que produzca bienes o servicios, lo que se denomina concesión pública, como en el caso de electricidad o los teléfonos. Las condiciones en que se debe prestar el servicio, las tarifas que se deben cobrar y las condiciones laborales vienen determinadas en un contrato entre las partes. Si se dieran las condiciones estipuladas en el contrato, el jefe de la franquicia puede emprender acciones legales para revocarla.

En los negocios, el término franquicia alude al derecho, en exclusiva, que concede una empresa a otra para la explotación de su nombre comercial y su logotipo en un determinado país o región, a cambio del pago de una cantidad de dinero y de un porcentaje de los beneficios. A veces transfiere incluso al derecho de realizar campañas publicitarias.

El régimen de franquicia: licencia otorgada por una empresa para que otra pueda producir o prestar los mismos bienes. Por ejemplo, casi todas las compañías de comida rápida y algunas distribuidoras operan en régimen de franquicia. El término se aplica también, el propietario de una patente quien permite a otra empresa fabricar el producto; por ejemplo, muchas cervezas no sólo se fabrican en el país de origen sino que también se fabrican en otros países en régimen de franquicia.

Las condiciones de las franquicias varían, pero suelen exigir un pago inicial y un porcentaje de las ganancias. Además, el que recibe la franquicia suele estar obligado a comprar a la empresa concesionaria los materiales necesarios, a respetar los diseños y los logotipos, a ejercer la franquicia sólo en determinada región y a no ceder la franquicia a un tercero.

La ventaja de las franquicias es que permiten aumentar el negocio sin tener que hacer toda la inversión en capital, inversión necesaria para abrir una nueva sucursal, manteniendo el control de la producción. La ventaja para el que recibe la franquicia radica en que se abre un negocio con una marca reconocida por el público, sin tener que gastar dinero o tiempo en desarrollar un nuevo negocio y en dar a conocer su logotipo distintivo.

.....

Enciclopedia Encarta 98.

Como en cualquier otro acuerdo comercial, ambas partes están interesadas en la calidad del producto y en las condiciones del contrato. Las cadenas de comida rápida no quieren perder su buena reputación porque algunos restaurantes estén sucios, mal gestionados o porque se tarde en servir a los clientes. De forma similar, el que recibe la franquicia debe tener garantías de que la empresa matriz le proveerá con todo lo necesario de un modo eficiente y de que cumplirá con las condiciones del contrato.

.....

Enciclopedia Encarta 98.

II. TÉRMINOS PRINCIPALES:

Franquicia como contrato: se entiende la franquicia como el perfeccionamiento de una negociación o concesión de derechos y obligaciones referentes a la operación y funcionamiento de unidades comerciales o puntos de venta sobre un territorio específico y bajo unas condiciones especiales.

Franquicia como unidad prestadora de servicios o punto de venta: conjunto de elementos físicos visibles, en otras palabras del establecimiento y su forma de funcionamiento.

Franquicia como sistema de organización empresarial: comprende todos los elementos integrantes, tales como: franquiciante, franquiciado, Know How, marcas, proveedores, contratos, y demás partes en esta forma de hacer negocios, y sus métodos de administración, distribución, publicidad y patrones de operación.

Franquiciante o franquiciador: es el empresario y/o la empresa que cede los derechos, directa o indirectamente a otros para explotar y comercializar productos y servicios, durante un período de tiempo determinado, recibe contraprestación financiera por ello y adquiere una serie de obligaciones con el franquiciado en asistencia para el desarrollo del negocio. Así, los derechos otorgados van desde el uso de un emblema o marca comercial hasta la transferencia de tecnología y conocimientos específicos, parcial o continuamente a través del tiempo.

El franquiciado: es la persona o empresario independiente que adquiere los derechos cedidos por el franquiciante y contrae ciertas obligaciones con este para la explotación de un negocio propio a través de una o más unidades franquiciadas.

El Know How y la asistencia técnica: Es la transmisión del modelo de gestión que se ha desarrollado durante la evolución del sistema de franquicias de la operación de unidades propias. Es la forma de hacer las cosas, es cómo ha funcionado el negocio en otras unidades, incluye los procesos necesarios para la operación del establecimiento. Se transmite por medio de manuales, asesoría y el entrenamiento permanente que existe en algunas clases de franquicias.

Contraprestaciones financieras: Son los pagos que el franquiciado realiza en retribución al uso de los derechos cedidos por el franquiciante, estos son principalmente:

.....

Revista El Dinero.

- Derechos de entrada.
- Pago por el uso continuado de rótulos, marcas, patentes y conocimiento denominado regalías.
- Aporte a fondos comunes de la cadena.

Las Marcas: Son los nombres, signos o imágenes comerciales que usan los productores y distribuidores para diferenciar sus productos o servicios de los demás y por los cuales son distinguidos. Estos pertenecen a quienes han registrado debidamente ante los órganos competentes (OPI). Como pertenencia pueden ser vendidos a terceros, en el caso de franquicia a los franquiciados.

III. TIPOS DE FRANQUICIAS:

Franquicia individual: Es concedida por el propietario de una franquicia "master" o por el franquiciante inicial a un inversionista individual para el manejo y operación de un solo establecimiento, en un área determinada.

Franquicia múltiple: A través de este tipo de contrato se ceden los derechos de abrir varios establecimientos en un área determinada, a un solo franquiciado, el cual está obligado a operarlos todos sin ceder los derechos adquiridos a un tercero.

Franquicia master: a través de ésta el franquiciador da fe de los derechos de uso de su marca a un franquiciado para que éste los explote en una región geográfica amplia a través de productos propios o

entregando su franquicias múltiples o individuales.

Según el objeto de la franquicia:

Franquicia industrial: en esta franquicia, el franquiciado debe establecer una empresa industrial, bajo los conceptos tecnológicos, asesoría, marca y entrenamientos que le concede el franquiciante.

Franquicia de distribución: el franquiciante cede los productos que él mismo fabrica y/o la marca a sus franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Un características básicas se concentran en el desarrollo del producto o servicio, más que en la operación del negocio. Se le concede más libertad al franquiciado pero a la vez menos aporte operacional.

.....

Revista El Dinero.

Franquicia de productos de marca o franquicia de distribución no exclusiva: el franquiciante otorga al franquiciado la autorización para el uso de su marca, junto con la venta de ciertos productos y/o la prestación de ciertos servicios, que generalmente son abastecidos por el mismo franquiciante a través de su licencia.

El franquiciante no otorga exclusividad territorial o del producto. La calidad y cantidad de apoyo prestado por el franquiciante son mínimas, a pesar de existir algunos requisitos.

Franquicia de distribución exclusiva: la diferencia con la anterior es que la red de almacenes que funcionan con la marca del franquiciante, en la fachada se constituye en el canal exclusivo para la distribución de sus productos o servicios.

Franquicia de conversión: consiste en la asociación de un grupo de empresas, agencias, almacenes existentes bajo un formato único. El objetivo principal consiste en unir sus esfuerzos de mercadeo, mostrando una la entrada única, promoviendo las ventas por medio de programas masivos de publicidad y sistematizando la calidad del servicio precio al consumidor.

Los primeros asociados, a su vez pueden recibir futuros franquiciados o ceder estos derechos a dueños de negocios similares existentes, dispuestos a cambiar nombre y sus métodos por los de franquicia.

Según la evolución del concepto, derechos cedidos y transmisión del Know How:

Franquicia de marca o de primera generación: corresponde básicamente a las licencias de marca. El franquiciante solamente otorga los derechos de uso de una marca, diseño y/o dibujo industrial al franquiciado por una contraprestación financiera establecida por una sola vez, si es un diseño o moda temporal, contraprestaciones en el tiempo o regalías, si es un diseño o marca permanente.

Franquicia de negocio o de segunda generación: además de la cesión de la marca se otorga la forma de alteración del negocio, "La receta", pero ésta asesoría no se extiende en el tiempo, ni la profundidad de los conocimientos transferidos.

Franquicia de formato de tercera generación: el franquiciado recibe un sistema completo para operar el negocio, un plan total que comprende la asistencia por parte del franquiciante en la búsqueda del local adecuado para la instalación del negocio, el entrenamiento y la capacitación del personal en todas las tareas del mismo. Este entrenamiento se prolonga durante la existencia del contrato de franquicia.

.....

• VENTAJAS DE LAS FRANQUICIAS:

De acuerdo con la administración de pequeños negocios de los Estados Unidos, la franquicia tiene varias ventajas sobre los minoristas independientes. Ellas son:

Reputación: es un sistema de licencias establecido y bien conocido, el nuevo concesionario no tiene que trabajar para establecer la reputación de la firma. El producto o servicio que se ofrece es aceptado por el público.

Capital de trabajo: cuesta menos dinero operar un negocio de concesión, porque el franquiciado le da al concesionario los controles de inventario y otros medios para reducir los gastos. Cuando es necesario, el franquiciado puede también dar asistencia financiera para los gastos operativos.

Experiencia: el consejo dado por el franquiciador compensa la inexperiencia del nuevo propietario.

Asistencia gerencial: el propietario de un pequeño almacén independiente tiene que aprender de todo, y un minorista experimentado puede no ser un maestro en todos los aspectos de finanzas, estadísticas, marketing y promoción de ventas. Las mejores compañías de franquicia le dan al concesionario asistencia continua en estas áreas.

Utilidades: al asumir los costos razonables de franquicia y convenios sobre suministros, el concesionario usualmente puede esperar un razonable margen de ganancias, porque el negocio se maneja con la eficiencia de una cadena.

Motivación: debido a que el concesionario y el franquiciado se benefician del éxito de la operación, ambos trabajan adecuadamente para lograrlo.

.....

• CONFIGURACIÓN HISTÓRICA Y ETIMOLÓGICA DEL FRANCHISING – FRANQUICIA:

El nombre de Franchising suscita dudas, debido a que compite con una misma denominación con otras acepciones popularmente reconocidas (franquicia postal, fiscal, portuaria...). La causa de ello la habremos de buscar en los antecedentes del contrato.

La palabra "franchise", es una palabra francesa que se divide en dos partes en cuanto a su significado, siendo Franc (libre), y sus derivado francher (liberar), ambos significados dados en la edad media. Entonces, el término tiene significado del privilegio que otorgaba el señor feudal a su vasallo frente a la liberación de éste en cuanto a impuestos se refiere. Todo esto estaba contenido en las cartas de franquicia relativa a los señores de la iglesia, en las que se cedían Villas, fincas, tierras...

Su primer significado comercial se refiere a la liberación de impuestos en la organización de ferias o mercados las que intervenían los comerciantes, éste significado llegó hasta el período absolutista.

En definitiva el origen etimológico de la franquicia, hace referencia a "la facultad del poseedor de la franquicia para prevenir a los terceros respecto a las interferencias en sus derechos, y se contrapone al monopolio, que se empareja a una obligación y otorga el derecho a excluir a los demás de una determinada actividad".

En España el concepto de franquicia, también estaba ligado a un privilegio o libertad personal de carácter público, durante la alta edad media.

La privatización de la acepción "franquicia", lejos de su carácter público, aparece tardíamente en los comienzos del siglo XIX, al referirse a las franquicias otorgadas a personas físicas o jurídicas en el desarrollo de privilegios establecidos por la corona en su oficio o cargo público.

La expansión de los sistemas de franquicia a comienzos de siglo se vio favorecida por dos razones, la primera las relaciones laborales, y la segunda la baja productividad de las filiales, así como por la crisis financiera de la General Motors o la Ford.

Tras la crisis de 1929, la ausencia de medios financieros fomenta la expansión otros sectores, como el de la hostelería y, el alquiler de maquinaria, la alimentación (Coca cola, Mc donald's), etc. El llamado Boom de la franquicia se produce, sin embargo, tras la segunda guerra mundial, coincidiendo nuevamente con una etapa de penuria financiera, que provoca la aparición de múltiples pequeñas y medianas empresas, faltas de recursos, pero con ideas emprendedoras.

No es fácil señalar hasta qué punto existen símiles en el ámbito europeo, pues las primeras formas medievales de distribución, que surgen en las ciudades estado italianas, derivan prontamente hacia los contratos de comisión y agencias, sin que aparezca contratos similares hasta bien entrado el siglo XIX. En Europa se crean empresas de calefacción como la Royal Dutch oil en la Holanda y del siglo XIX, o los primeros contratos de suministro de cerveza en Alemania, es evidente, y justifica la polémica acerca de la identificación entre franquicia y concesión, pues sólo tras la depuración del tipo de franquicia en los Estados Unidos, durante el período que media entre los saldos encuentra exenta del presente siglo, cabe hablar de un tipo de franquicia que supere el esquema de la concesión simple.

.....

El contrato de franquicia. (Joseba Echebarria). Pgs (6-9)

VI. INTRODUCCIÓN AL CONTRATO DE FRANQUICIA.

"debido al hecho de que el contrato de franquicia se manifiesta como otra realidad más en la ardua lucha de los empresarios para adquirir determinadas cuotas de mercado, siempre en el afán de conseguir la consabida expansión empresarial, no se nos escapa que pueda llegar a constituirse éste como instrumento de restricción competencial importante. Será necesario, entonces, analizar la admisibilidad de ciertas cláusulas singulares contenidas en él, no sólo porque pudiendo ser declaradas abusivas—por ser contrarias al orden público—puedan llegar a representar un límite insoslayable a la autonomía contractual de la que gozan las partes contratantes en el sentido del artículo 1255C.v, sino también porque necesariamente habrá de tomarse en consideración, y a tales efectos, la normativa existente sobre el denominado derecho de la libre competencia empresarial en el que, en éste ya sí, existe una clara postura sobre el contrato objeto de estudio".

Como siempre los Estados Unidos serán pioneros en el marco de tal derecho con una respuesta legislativa canalizada a través de la Federal Trade Commission (FTP), que era una especie de órgano de naturaleza administrativa casi judicial al que se le atribuyen amplias competencias en cuanto en destilación, decisión y presentación ante los tribunales de las eventuales violaciones de dicha disciplina anti-trust.

Marco jurídico que no será cubierto hasta entrados los años 70 con la aprobación en el año 1978 de la Trade regulation Rule: Franchising and bussiness oprtunity ventures. A través de esta ley la comisión trata de concretar de manera progresiva los actos que se consideran anticompetenciales, produciéndose desde tal momento un superávit legislativo a nivel tanto federal como estatal lo que produjo en el país una progresiva disminución normativa siendo la única manera para que quedaran los conceptos básicos mucho más claros.

La repercusión sobre el derecho comunitario de la libre competencia empresarial tuvo tanto peso que, desde que en enero de 1986 el tribunal de justicia de la Comunidad Económica Europea adoptó su primera posición sobre el contrato de franquicia en el ya famoso Asunto Pronuptia, considerando que un acuerdo de tal naturaleza no entrañaba en sí mismo un obstáculo para la competencia.

La comisión adquirió experiencia en el campo de la contratación de franquicia tras revisar numerosos contratos y tomando numerosas decisiones.

.....
El contrato de franquicia de empresa.(Aurora Hernández). Pgs (59–64)

• DELIMITACIÓN DE LA FRANQUICIA EN EL CONTINENTE EUROPEO.

La incorporación de la franquicia la economía europea tiene un antes y un después de la promulgación de la sentencia del tribunal de justicia de la comunidad económica Europea Pronuptia señala el nacimiento del tratamiento comunitario de la franquicia y el fin paulatino de planteamientos locales, entre los diversos tipos de franquicia cabe destacar:

A) modelos corporativos; la aproximación económica al contrato de franquicia.

La incorporación de la franquicia a la economía europea se inicia en los años 50 tímidamente de la mano de franquiciadores norteamericanos, para expandirse en los años 70 y 80 de forma masiva, siempre dependiendo de los Estados donde se hospedasen.

En un proceso de implantación sociológica extranormativo han sido las sistematizaciones corporativas de los operadores económicos las que han llevado el peso de la configuración del contrato, con carácter preferente a las definiciones dogmáticas, principalmente. La flexibilidad el concepto y el confuso y sistemático ejemplo norteamericano ha hecho el conjunto de asociaciones profesionales optase por definiciones propiamente centradas en la descripción del negocio de franquicia, en vez de definiciones sobre el contrato, los elementos de este se enumeran mínimamente y en términos muy amplios como para englobar muy diversos esquemas de negocios conocidos como franquicia.

El concepto de franquicia se ha visto desde muchos puntos de vista ya sea en el código deontológico europeo, como en la británica (*British Franchise Association*) o como en el caso italiano que se vio desde dos puntos de vista. Debido a esta dispersión conceptual no se hizo esperar la reacción de los profesionales vinculados a la propia asociación que crearon su propia delimitación teórica llevándonos a la coincidencia básica en los elementos contractuales del concepto:

- Como elementos subjetivos: la presencia de empresarios jurídicamente independientes, ya sea el franquiciador y franquiciado/s. La mención de la independencia puede ser equívoca en ocasiones pero se puede entender únicamente en un sentido jurídico de contratación entre sujetos dotados de personalidad jurídica y capacidad autónoma de decisión. Independencia en éste caso es, en resumidas cuentas, la capacidad de actuación en nombre y por cuenta propia, y excluye la representación en cualquiera de sus formas.
- Onerosidad: las transmisiones de elementos materiales se realizan contra pago y con ánimo de lucro. El sistema mayoritario será el derecho de entrada y pagos periódicos, no siendo el único ya que algunas cadenas no exigen derecho de entrada.
- Una imagen uniforme: representada por la transmisión de marcas, nombres comerciales, rótulos, así como las enseñas y demás signos distintivos.

– Un programa de comercialización uniforme, diseñado y controlado por el franquiciador, éste se concreta a través de elementos diversos, fundamentalmente del método de comercialización, Know How técnico o comercial, suministros estandarizados...

Los restantes elementos de el tipo poseen un valor caracterizador relativo y son excluibles en orden a la obtención de un mínimo denominador común.

Los puntos citados anteriormente son rasgos que nos llevan a figuras equívocas. Sólo la marca, es el elemento o derecho para obligación de uso y que es irrenunciable pues es el único elemento que salta las barreras entre los acuerdos de franquicia que implican la producción, la simple prestación de servicios, la mera comercialización de productos de marca, o una combinación de todas las funciones. Por lo tanto la marca podrá ser de dos tipos: de producción o de servicios.

El franquiciador transmite un complejo paquete del derecho de propiedad industrial o intelectual; la marca propiamente dicha, logotipos, diseños, envases, envoltorios, mascotas... con finalidad publicitaria, rótulos y establecimiento.

.....

El contrato de franquicia (José A Echebarria) pgs (35–40).

La esencia reside en la transmisión de una imagen común mediante marcas y otros derechos de propiedad sobre bienes inmateriales.

El suministro en sí mismo no se presenta como un elemento característico, no existe en algunas franquicias de servicio, lo característico es que el producto servicios se identifique con el diseño original del franquiciador, en el mismo sentido, el recurso al método de comercialización que posee una alcance equívoco, ya que puede suponer la transmisión al franquiciado de técnicas comerciales destinadas a la gestión interna, el traspaso del Know How destinado a operar en la comercialización con terceros.

La delimitación de la franquicia es lo suficientemente concreta para servir a los intereses del empresario pero a su vez lo suficientemente difusa como para que el jurista no se aclare del todo. Debido a la diversidad de funciones comerciales, la superposición entre contratos, y la presencia de elementos típicos dotados de regulación propia, nos han llevado a tres actitudes que dividiremos en grupos:

- Primer grupo: donde incluiremos la tendencia a la integración de la franquicia en un tipo general de contrato de distribución, donde franquicia y concesión comercial sólo serían unas variantes de escasa relevancia llevándonos a un mismo tipo y cuyas relaciones internas estarían basadas en un mismo régimen jurídico, el tipo de franquicia de la que pudiéramos estar hablando lo clasificaríamos por su función externa pudiendo ser concesión simple, franquicia de servicio, franquicia industrial o franquicia de distribución.
- Segundo grupo: otro grupo de juristas, ha tendido hacia la individualización del tipo, en un intento y de concreción de la palabra franquicia, lo que le llevó un debate entre el concepto de franquicia y el de concesión comercial. En este caso el tipo se clasifica por su función interna, atendiendo al grado de integración entre el franquiciador y el franquiciado en dos aspectos, uno comercial y otro funcional.
- tercer grupo: lo que hizo este grupo es aplicar la técnica anglosajona del "approach", llevándonos a la absorción o combinación de los elementos esenciales de la franquicia que a su vez provoca confusión en cuanto al concepto y definición de la franquicia.

B) crítica de las aproximaciones por la función interna: franquicia y concesión.

Si nos fijamos en la cantidad elementos y la flexibilidad de los tipos de franquicia, nos daremos cuenta de la

amplitud del debate de los tipos de franquicia y concesión comercial, en especial a las llamadas concesiones integradas.

Al igual que la franquicia, la concesión se ha manifestado como un tipo abierto que surge de la progresiva complejidad adoptada por las primitivas fórmulas de intermediación, que se independizan a comienzos de siglo de los modelos de mandato comercial de colaboración dependientes, como la agencia por la comisión.

Hay un reforzamiento de la interdependencia económica mediante pactos de exclusiva, mediante el cual el empresario comienza a adquirir el control sobre la función distributiva del minorista, pasando de la simple compra para revender al suministro con exclusiva, en el momento que ésta se hace recíproca podemos hablar de un deber o interés en la promoción del producto. Las primeras concesiones pues, se manifiestan como variantes del suministro en exclusiva en las que se somete al distribuidor a requisitos objetivos comercialización.

Si la noción de integración implica la transmisión y control de funciones empresariales entre contratantes independientes, originando niveles variables de dependencia y subordinación, franquicias y concesiones integradas comparten ya numerosos rasgos de subordinación comercial, y de subordinación contable y financiera. No es cierto afirmar que en ambos casos se sustraen al control del empresario elementos esenciales de su propiedad comercial. La alteración del esquema de reventas es tan notable, que no es extraño que la integración se haya señalado como la auténtica causa del contrato. Tanto en la concesión integrada como la franquicia, se definen las condiciones del ejercicio de las funciones distributivo ya sean éstas materiales o comerciales, superando la simple estructura de reventas que definía las concesiones simples.

C) crítica de las aproximaciones por la función externa; franquicia y normativa antitrust.

La clasificación que por lógica de la franquicia atendiendo a su función externa, franquicia de distribución y, producción o servicio, ha encontrado amplia repercusión doctrinal y se recoge en la sentencia Pronuptia.

La Explicación reside en el intento de justificar la diferencia competencial entre franquicia concesión, o entre diferentes modelos de franquicia, y no propiamente en la pretensión de configurar tipos autónomos.

.....

El contrato de franquicia. (Joseba Echebarria). Pgs (51–52).

La introducción de criterios de competencia *intrabrand e interbrand* en el derecho de la competencia hizo evidente, el riesgo de que centrar los criterios de enjuiciamiento del ilícito competencial exclusivamente en la valoración del grado de autonomía competitiva existente entre las unidades empresariales vinculadas económicamente. De este modo, calificaba la ilicitud de la acuerdo por su presumible efecto de exclusión en cuanto al acceso empresarial al mercado, criterio conforme al cual gran cantidad de pactos de mejoras lectivas en el campo de la distribución, terminaban por ser enjuiciados de forma negativa.

La admisión de selección de contratantes por criterios cualitativos primeros y cualitativos después, supuso una alteración del concepto de empresa a efectos competitivos, permitiendo la sustitución de la competencia existente entre productor–mayorista y distribuidor (competencia *intrabrand*) por la competencia existente entre las distintas redes de distribución entre sí (competencia *interbrand*).

La clasificación externa del tipo señala las diferencias de índole económico que la superposición la franquicia de funciones al seriales, financieras y tecnológicas, introducen sobre el tradicional esquema de reventa, al orientar a las partes hacia un fin competitivo común, de la red o sistema, que no existe en los acuerdos de compra en exclusiva tradicionales, y significativamente en el contrato de concesión simple.

Las franquicias de distribución, acuerdos verticales para la distribución de productos de marca que introducen criterios de selección cuantitativa y cualitativa, no obedecen en realidad a una función externa exclusiva del tipo, y se diferencia de otros acuerdos, como los concesionarios de automóviles, por sus efectos de integración interna. Aunque las franquicias de distribución presentan una conflictividad competencial características, la propia de circulación de bienes de marca sometidos a pacto de exclusividad, éste no es un problema que se nos represente en acuerdos de concesión o licencia de marca, a los que se otorga un trato diferenciado y más restrictivo.

El auténtico valor de la clasificación reside pues en las franquicias de servicio de industriales.

" Las franquicias de servicio, acuerdo igualmente dotado de criterios de racionalización selectivas, plantean como única peculiaridad, la de representar la discutible distinción que aporta la mediación en el sector terciario, y acaso, el hecho de que la marca de servicios, por su adscripción local, no conlleve la extensa problemática adscrita a la libre circulación de productos de marca ligados por exclusivas". El tipo puede presentar problemas a la hora de entenderlo pues la distinción entre comercialización y servicios no es siempre inequívoca y la prestación de servicios en el seno de la relaciones entre productores y distribuidores, o la combinación de comercialización y prestación de servicios nos muestra las escasas bases de discriminación del concepto.

Las franquicias de producción o industriales, por su parte, pretenden resaltar el hecho de que en buena parte son acuerdos que contienen transmisiones de tecnología dotadas de un régimen característico. el valor competencial de la transmisión tecnológica resulta un criterio bastante discutible de la selección, si atendemos a la confluencia de tipos que genera entre franquicia, licencia de patentes y licencia de Know How, apreciables niveles de asistencia técnica se encuentran además, en franquicias de servicio o distribución, en las que se realizan programas de marketing de gestión conjuntos, en los que la labor de comercialización implica prestaciones adicionales que aportan una clara plusvalía.

Las delimitaciones tipológicas vinculadas al derecho de la competencia, poseen un valor relativo para el análisis de la estructura del negocio, y obliga a señalar la unidad estructural del tipo de franquicia y la unidad temática de los conflictos de intereses derivados de relaciones internas, que sustancialmente son comunes a todas las formas de esquema de negocio, a su dimensión económica o la función externa que se desempeña en el mercado.

d) El tipo normativo de franquicia en la comunidad económica Europea; el reglamento de exención a categorías de acuerdos de franquicia.

La delimitación del concepto de franquicia en la comunidad Europea coincide pues, con algunos matices, con el descrito como tipo de *franchising* en el derecho norteamericano. Si en los Estados Unidos la restricción del tipo normativo obedecía a la finalidad de obtener seguridad jurídica para los inversores y asegurar trato leal en las relaciones internas, en el ejemplo comunitario, junto a un intento de diferenciación sobre las fórmulas tradicionales de comercio, cabe señalar la mediatización del tipo normativo que deriva del ámbito competencial de la Comunidad Europea, incapacitada para regular los aspectos sustanciales del contrato, e interesado únicamente en la regulación del derecho de la libre competencia en el comercio interestatal.

La intervención comunitaria se centrará en las primeras formas de distribución selectiva que plantearon un conflicto entre dos objetivos comunitarios, uno la concentración y coordinación necesaria para obtener empresas de tamaño óptimo y eficientes, que pudieran hacer frente a la competencia exterior, y el necesario mantenimiento de la competencia como segundo objetivo.

Por un lado, las redes de distribución suponen una racionalización de la comercialización (planificación, abastecimiento regular, promoción intensiva, especialización, etcétera..) por otro, aumentan considerablemente el riesgo de restricción en la libertad de los operadores económicos y aportan riesgo en

cuanto a que el consumidor se retraída a largo plazo. Son dos las objeciones básicas que se pueden hacer un contrato de franquicia, sin entrar al análisis del clausulado. En un primer lugar, la posible utilización del contrato, cobertura de un ente entre distribuidores o productores franquiciado, en segundo lugar y con más fundamento, la posible constitución de un acuerdo restrictivo entre las partes. Tras veinte años de experiencia en la comisión y el tribunal de las comunidades enjuiciando diversas formas de distribución selectiva determinaron la admisibilidad carretes de distribución selectiva cuyas restricciones se basan en criterios cualitativos, entendiendo que la especialización de dichos sistemas comerciales entrañan ventajas al consumo y a la estructura económica, superiores a los posibles efectos restrictivos.

.....

Contratos de franquicia.(Joseba Echebarria).

VIII. CONCEPTO DE CONTRATO.

La idea de contrato aparece ya, en el derecho romano, donde se conoce la figura de los pactos entendidos como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, pero que en principio no creaban obligación entre ellas ni acción para exigir lo pactado.

El concepto evoluciona y la idea de los pactos necesitará una determinada formalidad. Se entenderá entonces un contrato, un pacto realizado con la formalidad requerida.

El derecho canónico recogerá la idea de pacto con una normas éticas, y una regla que exige el deber de la finalidad de la palabra dada de una persona respecto a otra, como exigencia de no defraudar la confianza de otra persona, es decir como cumplimiento de una promesa dada y como seguridad de las relaciones jurídicas entre las personas se creó la necesidad del cumplimiento de los pactos.

Esta teoría se recogerá en el artículo 1254¹nde dice "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar una cosa o prestar un servicio". De esto se deriva que el contrato surge por la coincidencia de los consentimientos contrapuestos, por lo menos de dos personas y con la finalidad de crear unas obligaciones entre ellas, es un negocio jurídico.

.....

Apuntes de Derecho (clase).

IX. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

En cuanto a los elementos del contrato de franquicia cabe distinguir 1) elementos personales, 2) elementos reales, 3) elementos formales.

Elementos personales: en principio, de cualquier persona física o jurídica puede llegar a ser parte del contrato siempre que posea la suficiente capacidad legal para ejercer una actividad empresarial. Nos encontramos en un primer lugar con el "franquiciador", que es titular jurídico y primer realizador de un prototipo de empresa sobre la que él ha contribuido decisivamente dotándola de una serie de señas de identificación únicas y características que le permiten distinguirse de otras organizaciones empresariales que resultando del mismo género de actividad, habrán de convivir con ella en el mercado.

Dicho franquicia dar a sume en virtud del contrato las obligaciones principales de realizar la transmisión patrimonial original desarrollado por el a los sucesivos franquiciados, además de atender a la coetánea y posterior asistencia técnica y comercial en la actividad explotada por éstos, dicho franquiciador ejercerá a la vez poderes de control a lo largo del tiempo en que el contrato está en vigor.

Será un empresario que puede ser tanto persona física como persona jurídica (normalmente con forma de SA o SRL), con el paso del tiempo se ha podido observar que la posición jurídica del franquiciador sustenta y no en una persona física, sino por una persona jurídica llamada afilia el que actúa en un territorio o país distinto del de su sociedad madre, siendo un eslabón más en la cadena formada por un grupo de sociedades.

Aparecen, entonces, sociedades filiales que actúan como primeros franquiciadores en el país de implantación, las cuales están unidas a la sociedad madre o matriz por las relaciones de subordinación o dependencia propias de cualquier filial. Mediante la utilización de tal método, la sociedad no se desvincula de la "red" por ella creada sino que está presente y de una manera constante en el territorio de expansión. Todo ello independientemente de los posteriores franquiciados que sucesivamente lleguen a formar parte integrante de la misma, cuyas relaciones se son idénticas a las que se originan en cualquier contrato de franquicia de ámbito nacional, de dicho contrato habrá de procederse normalmente a la identificación del auténtico franquiciador/sociedad madre del que proviene la filial además de de la ley la persona que actúa en nombre representación de ésta.

En segundo lugar, está el "franquiciado", que es la persona que en su propio nombre y cuenta realiza la explotación de la empresa franquiciada, cuyo soporte patrimonial le ha sido previamente transmitido, según las técnicas comerciales uniformes y bajo el control del franquiciador, una vez haya satisfecho las contraprestaciones a las que se ha obligado a mediante el contrato. De tal forma, el franquiciado puede ser tanto persona física que realiza la explotación de su propia empresa sin asumir la forma social, o bien aparecer bajo dicha forma, a no ser que el contrato diga que éste no puede por ser socios, por lo que necesariamente se habrá de constituir en sociedad unipersonal o bien persona física.

Tanto el franquiciador como el franquiciado formando parte cada uno de ellos de empresas autónomas, serán jurídicamente independientes, no pudiendo estar unidos por lazos de dependencia y subordinación jurídica alguna, cara a terceros la actividad comercial no se ve diferenciada, es decir se observa una cierta dependencia funcional de estos frente a terceros, ambos tienen su propia personalidad, y, como tales, asumen los riesgos derivados de la actividad desarrollada, y en especial por lo que al franquiciado se refiere: gestionando su propio establecimiento, comprando para revender por cuenta propia, fabricando para posterior comercialización o no o bien prestando determinados servicios, y todo ello conforme a las pautas establecidas por el franquiciador y según sus propios métodos y técnicas de comercialización, actuando bajo la señal de identificación transmitidas por este.

" Al ser empresarios independientes, ambos contratantes deberán poseer un nombre individual, o unas denominación o razón social diferenciado, de que a través del mismo habrán de llevar a cabo las transacciones económicas u operaciones jurídicas que les competa, porque ya sea probé franquiciador con respecto al resto de los franquiciados o cada uno de éstos entre sí, realizando una actividad idéntica, se diferencian, precisamente, por la utilización en el desempeño de la misma de un nombre colectivo, razón social o firma que le son propios". Ello es debido a que si un tercero hacer recaer efectos jurídicos tendrá que saber la identificación de la empresa a la que se hace responsable. Todo lo anterior desemboque en que debiendo cumplir con los requisitos que se exigen para la constitución de cualquier sociedad de tales características, habrán de ser inscritos obligatoriamente en el registro mercantil.

Elementos reales:

-El conjunto de elementos patrimoniales que constituyen la empresa franquiciada:

En lo que se refiere al elemento real que va a ser el objeto de la obligación de en (entrega) asumida por el franquiciador, entendemos que consiste en un conjunto de bienes que pueden ser de naturaleza corporal es decir materiales, pero sobre todo serán de carácter incorporeal o lo que es lo mismo inmateriales (marcas, nombre comercial, Know How, patentes...) que han de haber quedado debida y previamente organizados hasta el punto que, inmediatamente después de su adquisición por el franquiciado y una vez recaída sobre el mismo

actividad de explotación, podemos hablar ya de la existencia de una nueva "empresa franquiciada". La naturaleza de los distintos bienes y su posible combinación variara en atención a las diferentes modalidades de franquicia con las que nos encontremos en la práctica, pero que es evidente es que en todas las modalidades, dichos bienes quedan determinados y organizados por franquiciador previamente a la transmisión.

Así, el objeto respecto al cual las prestaciones que son el contenido de la obligación de "entrega" no serán bien es inconexos honor relacionados entre sí sino que se trata de una verdadera organización o unidad de tales bienes que los hace adecuados para son explotación productiva inmediata por el franquiciado, ya sea ésta de fabricación, distribución o prestación de servicios. Sus características propias incluyen toda una serie de especificaciones relativas al tipo local comercial, a los procedimientos uniformes para la realización de las operaciones comerciales, las calidades de identidad de los productos/servicios ofrecidos, los propios signos distintivos cuyo uso se van a ceder en virtud del contrato mismo, la relaciones con los proveedores etc..

Dicho patrimonio empresarial se constituirá como la base material de la futura empresa franquiciada pertenece al franquiciador, éste a su vez, puede igualmente utilizarlo y concederlo o "franquiciarlo" a terceras personas en iguales condiciones y normalmente en lugares geográficos y diferenciados, al tiempo que ejerce un fuerte control en la explotación que éstos hagan del mismo a fin de conseguir una unidad y homogeneidad en la actuación en el mercado.

–El precio: el Segundo elemento real del contrato se refiere al precio, el cual se constituye como " el objeto de la obligación de pago asumida por el franquiciado: configurar la contraprestación debida por este reciprocidad con la que es objeto de obligación el del franquiciador de "entrega" y correlativa asistencia técnica y comercial a la que, como ya se ha dicho que éste se obliga con carácter duradero".

El precio al de ser cierto, lo cual no significa que ella ha de quedar desde el principio numéricamente determinado, sino que basta con que sea determinable según las pautas estipuladas contractualmente en atención a los términos convenidos, pero si no está determinado por su de imposible determinar los, el contrato será nulo por falta de este elemento esencial. Arrestara demás expresado en dinero o signo que lo represente y su señala miento no ha de quedar exclusivamente al arbitrio de uno de los contratantes, el franquiciador.

Las localidades de determinación del precio pagado se presentan variadas en la práctica, puesto de las partes poseen libertad para establecer los de la manera que crean más conveniente a sus intereses, y no sólo en cuanto a la forma, también el medio, el lugar y el momento en que la obligación de satisfacer el precio o realizar el pago se llevará a cabo. Una vez convenido el precio en la forma considerada más oportuna, las partes quedaran sometidas a él ,sin posibilidad de especular posteriormente sobre la justicia del mismo.

El modo más habitual para el establecimiento del precio en los contratos de franquicia es mediante su descomposición en dos conceptos:

- " mediante la estipulación de un precio inicial que suele ser fijo y establecido de forma invariable en el clausurado contractual, canon a cuya determinación se hará de forma unitaria para todo el conjunto de elementos que constituyen el objeto transmitidos, y no separadamente para cada uno de ellos, porque cuando se produce dicha transmisión, el precio que por aquélla para el adquirente/franquiciado sobrepasa, sin duda, a la suma del valor de todos los elementos patrimoniales que se transmiten precisamente por lo que se paga es el valor de la organización de medios de producción para comercialización predispuestos para asegurar una expectativa de ganancias más o menos inmediata, y no cada uno de los elementos considerados es la la mente, los cuales carecen en sí mismos de valor, si no han quedado debidamente organizados".
- " Y de posteriores pagos periódicos que pueden ser fijos a modo de cánones o variables en consideración al establecimiento de las denominadas regalías, a liquidar con la periodicidad del tiempo y forma determinadas contractualmente".

Dichos sistemas de establecimiento del elemento "precio", en la práctica puede variar, entendemos que es el más correcto para ver satisfechos los intereses de ambas partes.

Elementos formales:

El contrato de franquicia es consensual, se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, de manera que una vez emitida la oferta por el franquiciador y recaída la aceptación del franquiciado sobre el contenido contractual, con el consentimiento sobre la cosa y la causa del contrato acaece dicha perfección. "Además, la declaración de voluntad de cada contratante podrá ser manifestada a través de los distintos modos de comunicación interurbana existentes, siendo de aplicación del principio de libertad de forma. No queda por tanto el contrato sometido al requisito de forma alguno, pues siendo indiferente que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes adopten la forma oral o escrita, no incide tal hecho en la validez del contrato celebrado entre estas. La forma escrita del contrato de franquicia tiene, sin embargo, un alcance respecto a la existencia del mismo y su contenido, pues con la misma se facilita la prueba de los extremos en que se produce el negocio".

Llegado el momento de cumplimiento contractual, surgirán diferentes actos de ejecución singulares que al ser ejecutados habrán de generar los efectos reales que consagran la adquisición definitiva de la titularidad de la empresa franquiciadas por el nuevo franquiciado, y es en dicho momento, tras el consentimiento haya otorgado, que pueden las partes disponerse recíprocamente a cumplir con las formalidades prescritas por la ley para hacer efectivas las obligaciones contraídas, al llevar a cabo los diferentes actos de ejecución contractual.

La adopción de una determinada forma en las declaraciones de voluntad que van a dar origen al contrato de franquicia y requisito esencial y constitutivo del mismo, es del todo aconsejable su plasmación por escrito en documento debidamente formalizado dada la complejidad que alcanza muy a menudo, el contenido contractual así como por el hecho de que tal contrato no sitúa habitualmente en el ámbito de las condiciones generales de la contratación. Necesidad que se hace casi fundamental en los supuestos en que una de las partes no posea la consideración de nacional y teniendo, además, presente que en los mismos existen cláusula relevantes a efectos del derecho de la libre competencia.

Habiendo optado las partes por la forma escrita una vez que el contrato conste por dicho medio y haya recaído la aceptación de ambas, el mismo sustituirá a cualquier compromiso, declaración o acuerdo oral o escrito que se haya podido dar con carácter previo y, antes del momento de la perfección, que habrá de ser derogado a través de una declaración expresa de las partes a incluir como cláusula contractual, la cual será aceptada través del consentimiento general otorgado por éstas al contrato.

.....

El contrato de franquicia de empresa pgs (147–176).

X. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES.

• obligaciones del franquiciador:

1) la obligación de entrega.

La obligación fundamental puesta a cargo del franquiciador queda comprendida, por un objeto ciertamente complejo que no abarca un solo bien o un único tipo de bienes, sino que se trata de un verdadero patrimonio empresarial, que ha quedado organizado de una forma peculiar y específica que es propia, particular de éste y que se constituye como uno de los elementos reales del contrato mismo. La obligación de hacer entrega de dicho conjunto patrimonial comprenden si misma todos aquellos actos que conducen a la finalidad o resultado último en que consiste en la transmisión de cada uno de los elementos o bienes considerados como esenciales

y necesarios para que el adquirente/franquiciado pueda comenzar con normalidad la actividad en que habrá de consistir su empresa franquiciada. De esta manera, las partes, al estipular el contrato de franquicia lo que pretenden es que bajo la forma de un único negocio, se genere la obligación de transmitir todo el conjunto de elementos patrimoniales organizados, conjunto que, además, al quedar o estar predispuesto para servir de soporte a la actividad de explotación de esa futura empresa tiene un valor que, como ya se ha afirmado, es superior al que tendría la mera suma de el valor concreto de cada bien considerado en particular.

La entrega conjunta del patrimonio empresarial se habrá de materializar a través de los actos que resulten necesarios para que el acreedor/franquiciado puede considerar que, efectivamente, se le han transmitido los elementos que forman parte de él, con lo que es igual, a través de las distintas prestaciones que consiste la puesta a disposición de los mismos. Y ello en atención a que el franquiciado adquiera sobre los bienes a efecto de el dar ya sea un derecho de propiedad o de mero uso. Prestaciones de "dar", por tanto, que tienden a un resultado, que es la completa transmisión de lo que entendemos es el objeto de la obligación de entrega el franquiciador al franquiciado, porque tales prestaciones deben entenderse dirigidas a la obtención del resultado que en ella se propone hasta el punto de que sólo habrá quedado perfectamente cumplida la obligación fundamental que cuando dicho resultado haya sido obtenido, es decir, cuando el franquiciado adquiere el patrimonio empresarial necesario y suficiente para poder iniciar su actividad como empresa franquiciada.

Integrando dichas prestaciones nos encontramos con que el franquiciador soporta el deber de conservar diligentemente los bienes que todavía pertenecen en su esfera de poder, que son la prestación de "medios" o de "diligencia" que se mantiene desde el momento en que se constituye la obligación de "entrega" y el momento en que a la misma se le da cumplimiento. Debido a que estamos ante un empresario, la diligencia exigible al franquiciador para la conservación de los bienes antes de la efectiva puesta a disposición de los mismos estará más cualificada que la propia de las obligaciones civiles, pues le corresponde la exigida a un ordenado empresario tal como quedó expresado en la legislación mercantil.

Por último, hemos de hacer referencia a otra serie de prestaciones que quedan integradas en las obligaciones, como accesorias, a la obligación principal de "entrega", ésta es la prestación de "hacer" que consiste en la colaboración o cooperación necesaria del franquiciador para que éste produzca el resultado útil que con la obligación de "entrega" y persigue, y prestación de "no hacer" en que se resume en la prohibición de la competencia, en virtud de la cual la inactividad impuesta a éste no es pura y simplemente inactividad sino que se concreta en la no realización de determinados actos que puedan alterar o impedir el goce pacífico por el franquiciado de la empresa que ahora acomete.

• La puesta a disposición de los distintos bienes.

Las mercaderías:

En lo que a los bienes corporales se refiere, debemos prestar especial atención a la transmisión de las mercaderías y en los contratos de franquicia de distribución porque, en los de producción o industrial, es el franquiciado el que fabrica sus propios productos bajo la técnica del franquiciador y, en todo caso, sólo habrá transmisión de determinadas materias primas necesarias para la fabricación. En la franquicia de servicios no existiendo actividad de distribución en sí mismas, el aprovisionamiento de bienes podrá venir referido en todo caso, a los ingredientes que permiten realizar el servicio acordado. Situados, por tanto, en el contrato de franquicia de distribución, el franquiciador asumirá la obligación que le corresponde distinta forma según exista o no un pacto de aprovisionamiento exclusivo de las mercancías impuesto a su favor, de esta manera cabe distinguir:

– supuestos con pactos de aprovisionamiento en exclusiva:

Para evitar confusiones es necesario de este ahora señalar que en el pacto de aprovisionamiento exclusivo y se

contiene una obligación en la cual el objetivo se constituye por una prestación que en todo caso corresponde al franquiciado, es por tanto, un límite de tipo objetivo impuesto al mismo en su obligación de explotación, siendo una obligación de carácter negativo para el franquiciado, este pacto beneficia al franquiciador pues una vez se haya establecido el pacto impide al franquiciado tomar bienes de una empresa distinta a la suya.

Desde ese momento, corresponde a dicho franquiciador la obligación de procurar a la adquisición material de las mercancías por el franquiciado. Es una obligación típica de "dar". Pero también puede darse el caso de "entregas cruzadas" en la cual se establece la posibilidad al franquiciado de abastecerse de otros miembros u otros distribuidores autorizados.

– supuestos sin pacto de aprovisionamiento en exclusiva. La entrada de los proveedores:

Cuando no existe un pacto de aprovisionamiento se pueden dar lugar a las siguientes situaciones:

La primera, que el franquiciado tenga que adquirir unos cupos mínimos al franquiciador, lo cual quiere decir que no siendo franquiciador distribuidor de directo de las mercancías, o de todas ellas, éste disponga de unos proveedores autorizados a los que el franquiciado habrá de acudir para aprovisionarse. Lo normal es que no existan aprovisionamiento exclusivo cuando el franquiciador más fabricante o productor directo de mercaderías recurriendo a los proveedores, la labor del franquiciador será poner en contacto al franquiciado y al proveedor, que sería la segunda situación. El franquiciador podrá decidir la calidad que el proveedor tendrá que dar al franquiciado mediante un acuerdo, lo cual será muy beneficioso para el franquiciado ya que éste no podrá recibir una menor calidad, y también para franquiciador que conseguirá una homogeneización de sus productos.

Sí faltara un pacto de tal naturaleza se podrá exigir una calidad de tipo medio, no pudiendo exigir el franquiciado 1 calidad excesivamente alta, ni los proveedores darla de calidad inferior.

los bienes y corporales. Reflexión en torno al problema de la apariencia:

Entre las distintas prestaciones que conforma la obligación del franquiciador en cuanto a la "entrega" del patrimonio empresarial, creado por él, también tendremos que considerar la puesta a disposición de los elementos de carácter incorporeal que forman parte de la franquicia, ya sean signos o elementos distintivos (marcas, nombre comercial, y rótulos), o sea también el determinado Know How, incluso patentes, el otorgamiento de los elementos incorporeales vendrá determinado según la naturaleza del tipo de contrato de franquicia en que nos encontremos, lo cual quiere decir que por ley no se establece la cantidad que elementos incorporables que otorgará el franquiciador al franquiciado.

Es importante destacar la importancia que adquiere una correcta individualización de los signos distintivos y una adecuada transmisión de éstos, pues desde el punto de vista funcional, será lo que distinga a franquiciador y franquiciado respecto a terceros del mismo género que compitan en el mismo mercado, la distinción se podrá hacer a través de: utilización de signos que quedan plasmados los productos o mercancías (marcas), en los locales o instalaciones (rótulos), o en la correspondencia, documentación o instrumentos publicitarios y de propaganda necesarios para la difusión del negocio (nombre comercial).

A pesar de que todas las empresas franquiciadas utilizan en su explotación los mismos rótulos, emblemas, logotipos, marcas o servicios, nombres comerciales, incluso iguales elementos de decoración, sólo puede constatarse una dependencia funcional entre franquiciado y franquiciador derivada de funcionamiento unívoco, pero no será una dependencia jurídica ya que tales empresas son unitarias tan sólo en apariencia.

En cuanto los bienes incorporeales cabe destacar: el nombre comercial, el rótulo, la marca (transmisión dependiendo del tipo de franquicia), la patente en el contrato de franquicia de producción, y por último el Know How. Todos ellos conceptos que definiremos brevemente continuación.

–El nombre comercial:

En cuanto este concepto cabe destacar que con el paso del tiempo se ha ido consolidando la tendencia hacia la objetivación del signo distintivo, siendo este acto para designar al empresario así como la propia empresa de la que éste es titular. En un principio la ley exigía al nombre comercial el "principio de veracidad", que consistía la necesidad de que el nombre comercial coincidiera con el nombre-firma del empresario, pero debido a los problemas de que este principio suscitó fue desapareciendo progresivamente.

Hoy en día con la nueva regulación que sobre el nombre comercial se establece en la ley mercantil se avala la tesis dualista que consiste en que dicho nombre comercial no tiene por qué coincidir con el nombre-firma de la empresario titular y omite toda referencia a la utilización de dicho nombre comercial para las operaciones a transacciones mercantiles así como el hecho de que existe la posibilidad de que una empresa posea distintos nombres comerciales o un mismo nombre redactado en versiones diferentes pero sólo una denominación social.

–el rótulo:

En cuanto este signo distintivo podemos decir que marca y rótulo pueden coincidir, en el caso de estos últimos la protección territorial es otorgada por el registro municipal. Pero puede no procederse a la concesión de la licencia como se prevé en nuestra legislación, y consentir el uso de los rótulos a través de una concreta estipulación contractual, pudiendo ser la protección otorgada y sus efectos respecto a terceros menor al no constar dicha autorización en el registro de la propiedad industrial, la llamada hoy "oficina de patentes y marcas".

La transmisión del rótulo operará en franquicias distribución y de servicios, las cuales tienen actividad de cara al público, consiguiendo la unidad de imagen con la utilización de un mismo rótulo.

–la marca. Su transmisión dependiendo del tipo de franquicia:

Este signo distintivo está muy reconocido en nuestro Ordenamiento Jurídico, en cuanto a su transmisión acompañado usualmente del resto de elementos que forman parte del conjunto patrimonial de que se hace "entrega", tendremos que observar el las particularidades dependiendo de la tipología del contrato de franquicia. La transmisión de tal bien inmaterial muy significativa ya que fue considerada durante algún tiempo el signo distintivo sin tener en consideración ningún otro elemento, con el paso del tiempo se ha hecho patente el hecho de que realmente la concesión de una licencia de marca no es más que una parte del contenido obligacional que ha de cumplir el franquiciador y en atención, además, al tipo de franquicia al que se haga referencia de esta manera cabe distinguir:

a) en franquicia industrial o de producción el franquiciado se beneficia de la licencia de marca para el territorio reservado, "se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor".

b) en la franquicia redistribución, el franquiciado no tiene derecho a fabricar sus propios productos y embarcarlos con el signo distintivo del franquiciador, sólo tendrá la facultad de revender los productos suministrados y a dotados de la marca.

c) en la franquicia de servicios, "hay que hacer constar que la marca se manifiesta de una manera indirecta sobre los medios que se utilizan para la puesta en marcha y desarrollo de la actividad en que consiste la prestación del servicio, ante la imposibilidad de hacerse sensible el propio objeto de referencia".

–La patente en el contrato de franquicia de producción:

En la franquicia de producción industrial, suele darse con frecuencia una transmisión de patentes de fabricación, a través de su licencia, sobre la cual, se establece que "es necesario que conste por escrito como requisito de validez del negocio de transmisión, por lo que preceptivamente se habrá de cumplir por las partes con dicha formalidad", y deberá ser inscrita en la oficina de patentes y marcas para tener efectos frente a terceros.

Será una prestación asumida por el franquiciador sobre la que se aplicará la norma, de entrega en la compra-venta de bienes incorporables que se prevé en el código de comercio "se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, con-sintiéndolo el vendedor". La puesta disposición será: "La de los conocimientos técnicos que el licencia ante posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención".

Transmisión de la patente a través de su licencia implica la transferencia de determinadas facultades integrantes de esta, y la titularidad se mantendrá en la persona del franquiciador, son licencias no exclusivas y normalmente parciales.

-El Know How:

Como es sabido El Know How es un bien de naturaleza incorporeal, que se inserta en la obligación general de "entrega", tiene una relevante importancia en cuanto a la concreción de la empresa franquicia. Es la transmisión del Know How lo que contribuye a dotar de la organización adecuada al conjunto de bienes patrimoniales transmitidos, porque el mismo se establece como "el conjunto de conocimientos y técnicas previsto para una determinada explotación económica". Es un método empresarial específico y particularizado.

De esta manera, el franquiciado adquiere el mismo y que no tiene la experiencia necesaria para poner en marcha dicho conjunto patrimonial puede utilizar dichos conocimientos que incluyen la experiencia global para la iniciación de su actividad en la propia empresa franquicia, es una experiencia que sólo podría haber adquirido tras un largo período de tiempo de investigación.

Una vez transmitidos no a un se habrá de proceder después a su permanente actualización, considerándose la prestación de ejecución sucesiva, porque los elementos que componen el Know How han de adaptarse constantemente la evolución de las técnicas, las necesidades del mercado de la clientela.

- **obligaciones accesorias.**

Fundamento:

Las prestaciones accesorias son fundamentalmente las que se constituyan como el objeto de una obligación de "hacer": la obligación de colaboración asumida por el franquiciador en el momento mismo de la entrega que "no hacer", esto supone una conducta de omisión plasmada ya en el clausurado el contrato dotando de una exclusividad territorial a través de la cual se le impide realizar el cualquier actividad empresarial que puede entrar incompetencia con la desarrollada por el franquiciado en un territorio previamente determinado, es decir el franquiciador se ocupará de marcar los campos de acción de cada franquiciado que serán completamente "sagrados" respecto a los demás franquiciados.

Todo esto conlleva la obligación que el franquiciador de comunicar al adquirente la información necesaria sobre la relaciones que configuran la organización comercial de la empresa además de la obligación de mantenimiento pacífico en dicha relaciones durante toda la vida del contrato.

El deber de colaboración:

Consiste en obligación de tipo positivo, que consiste en el comportamiento llevado a cabo por franquiciador, licencia en el tiempo en que se esté ejecutando el acto de la "entrega", la simple entrega material del conjunto patrimonial no será suficiente, exigiéndose además una colaboración en la búsqueda de una mayor eficacia en la realización. Con ello surgirá una colaboración jurídica que variará según los bienes que se transmitan, esto significa que es fundamental la colaboración entre franquiciado y franquiciador en la búsqueda que el máximo beneficio y el mínimo coste, indistintamente los conocimientos podrán ser materiales e inmateriales.

En cuanto a la obligación del franquiciador denominada de "medios", consistirá en la prestación que se agota en el acto de la entrega del patrimonio empresarial transmitido, es decir que es una colaboración bilateral que llega a trascender al, propio convenio.

La prohibición de competencia:

La naturaleza.

En el contrato queda reflejada la obligación de el "no hacer" que será una conducta de omisión que deberá mantener el franquiciador una vez hecha la "entrega" y durante toda la vida en que el mismo está vigente través de la incorporación en el clausurado de la exclusividad territorial, en la cual el franquiciador se abstiene de crear competencia al franquiciado.

Dicha exclusividad territorial tiene un carácter que no es esencial puesto que la finalidad que persigue el franquiciador y homogeneidad de identificación se pueden llegar a conseguir igualmente sin que sea necesaria tal exclusividad, dejando a los franquiciados en la libertad para que la incluyan o no en el contrato.

Caracteres.

"La obligación constituida como el objeto de la obligación de "no hacer" consiste en un comportamiento negativo, que consiste que el franquiciador se compromete a no realizar actividades que entren en competencia con las propias del franquiciado y en una zona geográfica determinada, absteniéndose de realizar actos que perturben o impidan la demanda de los clientes en dicha zona, que nuestro contrato es de carácter duradero porque la misma exige una permanencia que coincide, necesariamente, con la del contrato mismo.

Claramente se puede observar que dicha operación consiste en respetar al franquiciado y no crearle competencia desleal que pueda perjudicarlo en modo alguno.

4) la obligación de asesoramiento y asistencia técnica y comercial.

Configuración de la obligación:

La asistencia y asesoramiento que ha de prestar el franquiciador se considera una obligación esencial a cargo de éste durante todo el tiempo en que el contrato esté en vigor, todo ello en la búsqueda de la identidad de imagen común y una uniformidad en la actuación de todos los miembros que tras haber pactado mediante sus respectivos contratos acceden a la "red" comercial creada por el franquiciador, en regla por la reputación del sistema comercial instaurado a través del mantenimiento fiel del método de organización empresarial explotado en cada una de las empresas franquiciadas.

Contenido:

Ya que la obligación de asistencia y asesoramiento comercial/técnico queda comprendida por una serie de prestaciones múltiples y variadas, el intento de contemplar todas ellas sería inútil y, habrán de ser las partes en cada supuesto en particular quienes escriban sus características y establezcan en el programa de la actividad prometida.

5) el derecho de control del franquiciador.

El control y se deriva directamente de la obligación de asistencia técnica y comercial, como especie de poder o de verdadero derecho de control que se incorpora a ella, porque a través de determinadas prestaciones se le permite ejercer una vigilancia activa inspección constante sobre la actividad empresarial desarrollada en cada una de ellas.

El control ejercido por el franquiciado cumple, pues, con la finalidad de operar bajo criterios estandarizados y crear así una imagen común, lo cual, tendiendo a mermar la capacidad de actuación del franquiciado, no puede conducir a situaciones de dependencia que no sea meramente funcionales, porque las partes mantienen en todo momento su independencia jurídica.

La revisiones que el franquiciador haga al franquiciado no tienen porque ser sabidas por este último ya que lo que buscará el franquiciador es que en todo momento la franquicia cumpla los requisitos que él previamente ha establecido.

Las revisiones que el franquiciador acometa sobre el franquiciado siempre deberán ser justas y uniformes con respecto a todos los franquiciados.

– Las obligaciones del franquiciado:

• El pago del precio:

La obligación del pago del precio en las condiciones pactadas a cuyo cumplimiento el franquiciado se obliga como contrapartida de las obligaciones asumidas por el franquiciador.

Estipulado el precio, el franquiciado queda obligado a pagarlo en el tiempo y lugar designados en el propio contrato según los términos convenidos, porque las circunstancias de la obligación se han establecido contractualmente, según las partes consideren más oportuno (en cuanto a la forma, el lugar y el tiempo de cumplimiento de realización del pago).

El supuesto más frecuente es que el franquiciado quede obligado a pagar una suma inicial de invariable al iniciarse la relación contractual que es el llamado "canon inicial" y posteriores cantidades, ya sean fijas o variables, debidamente predeterminados en el clausurado contractual.

El pago del canon inicial:

"Dicho canon consiste en que el franquiciado paga como contraprestación a los elementos recibidos y que comprenden el conjunto la unidad de elementos patrimoniales organizados objeto de transmisión, de los cuales se podrá valer además y si así y se ha previsto, en "exclusiva" para la explotación de la empresa franquiciadas de la cual se hace titular una vez haya adquirido los elementos que la integran en el momento de satisfacer la contraprestación debida", (pág. 286). Dicho deber de prestación nace en el momento de perfección del contrato se vinculará normalmente el cumplimiento de las distintas prestaciones que configuran la obligación de entrega a cargo del franquiciador, es decir, "una vez puestos a disposición del franquiciado por la que el los elementos patrimoniales organizados que constituyen la base de la empresa franquiciadas y habiendo recibido oportunamente este sin denuncia de vicios, empieza para el mismo el plazo para cumplir con el pago del precio", (págs.237).

El pago de los cánones periódicos:

Son las llamadas regalías, que consisten en la contraprestación por la asistencia técnica y comercial continuada y permanente que le presta el franquiciador durante todo el tiempo que el contrato está vigente al

franquiciado.

Tienen un carácter duradero y la base por la que se pagan dichos cánones consiste en: la formación profesional constante, el reciclaje y ya sea de franquiciado o de empleados y la prestación de técnicas de marketing para la presentación de los productos.

La determinación de la cuantía de pago por el canon vendrá determinada por los siguientes supuestos:

- que el pago valla en razón del porcentaje de la cifra de ventas, es decir, el franquiciador participará en los beneficios obtenidos por el franquiciado.
- que los cánones se constituyan como retribución fija anual, el decir el tiempo y lugar del pago vendrán determinados en el contrato.
- que el canon periódico por vaya en atención a un porcentaje sobre los bienes adquiridos al franquiciador por el franquiciado siempre que exista un pacto de aprovisionamiento exclusivo, a modo de "sobreprecio" sobre el valor real de las mercancías.

• La explotación de la empresa franquiciada:

Configuración de la obligación. Límites:

Consistirá en una obligación típica de "hacer", considerada de "medios", que ha de asumir el franquiciado y que consiste en: o en la comercialización de unos productos/bienes, su fabricación o consistirá en la prestación de determinados servicios. Se trata de una obligación que adquiere un carácter esencial para la caracterización jurídica de la figura, por lo que deberá quedar clara en el propio texto del contrato, reflejado en un compromiso de carácter general y en la obligación regulada en todos sus aspectos.

Contenido:

Para analizar la obligación se atenderá a que analizar los distintos deberes de prestación que en el contrato se contienen del franquiciado con respecto al franquiciador, en cuanto a los bienes sobre los que recae cabe destacar:

–En cuanto los bienes corporales que resultan necesarios para la actividad de comercialización o de prestación de servicios, una vez que éstos son adquiridos por el franquiciado de este gozará de un poder de disposición sobre los mismos, derivado de una libre iniciativa que posee como consecuencia de su condición de empresario independiente.

–En cuanto a los bienes incorporeales, al resultar cedidos por el franquiciador para el mero uso por el franquiciado en el desarrollo de su actividad explotación no posee este último una libre disposición sobre los mismos, debiendo los utilizar, una vez hayan sido oportunamente recibidos, según los términos de la licencia otorgada por el franquiciador. No puede sustituirlos a su voluntad ni modificarlos a excepción del Know How sobre el que se firma una cláusula por la cual hay un retorno de conocimientos y por tanto el franquiciado tendrá que comunicar al franquiciador la experiencia obtenida.

Además sobre franquiciado recaerá la obligación de la explotación de la patente establecida en la ley de patentes según la cual "el titular de la patente y está obligado a explotar la invención patentada bien por sí o por persona autorizada por el".

Y en cuanto a la marca "ser reputará usada por su titular cuando sea utilizada por un tercero con el consentimiento expreso de aquél".

Y en cuanto a la obligación de explotar el Know How, al igual que las demás se contemplará en el Derecho de Competencia.

- **Prohibición de competencia:**

Al igual que el límite temporal establecido y el límite espacial al que queda limitado el franquiciado de forma contractual, también se manifestará la prohibición de competencia a la que éste se tiene que atener una vez realizado el contrato. Todo ello a través de una obligación de "no hacer" la cual consistirá en que éste se abstenga de utilizar el patrimonio empresarial de cualquier forma, que le fue cedido.

Será una obligación con un período de vida estipulado en el contrato y deberá estar limitada al ámbito geográfico que ella pactaron las partes.

Consistirá en no ejercer por parte del franquiciado ya sea directa o indirectamente cualquier actividad empresarial parecida o idéntica una vez extinguido el contrato, es decir, una vez que el franquiciado haya extinguido su contrato con el franquiciador no podrá aprovecharse de sus conocimientos adquiridos durante el contrato que mantuvo con el franquiciador en beneficio suyo y por consiguiente se crearía una competencia desleal completamente ilegal.

XI. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

- **introducción:**

En puntos anteriores ya se ha tratado el tema del contenido obligaciones del contrato y hemos podido observar, que las relaciones entre franquiciado y franquiciador consisten en un "dar", en un "hacer" y en una conducta de omisión en cuanto a actos que perjudiquen a las partes se refiere. Prueba de ello al final del contrato tendremos que valorar si los deberes jurídicos contraídos voluntariamente por las partes se han cumplido o no, para llevar a cabo este análisis tendremos que empezar con las obligaciones que son "principales" en la relación y posteriormente analizaremos las "secundarias".

Debido a la fuerte dependencia que existe entre ambas partes, es decir, franquiciador y franquiciado el incumplimiento por una de las partes puede llegar a invalidar el negocio fundamental, y debido a la radicalidad del concepto "incumplimiento", en el momento de crear el contrato debemos realizar una tarea de interpretación, para que, a sí se da el caso del incumplimiento, podamos determinar si ha sido este o no, verdadero, y en consecuencia, tomar decisiones más o menos drásticas.

Una vez que se haya cometido un incumplimiento ya sea absoluto o relativo, de las obligaciones contractuales, tendremos que clarificarlo mediante formularios en los cuales podemos observar ejemplos de supuestos de incumplimiento y en segundo lugar, en segunda instancia, si no se ha conseguido dilucidar el grado de incumplimiento, podemos acudir a nuestra legislación que estará reflejada en el código civil, y más específicamente en el código de comercio.

En el caso de que se haya incumplido el contrato, y se haya demostrado con claridad, que cualquiera de las partes que haya faltado a su palabra, llevará consigo la correspondiente sanción, y dependiendo de la importancia del incumplimiento, así será la magnitud de dicha sanción.

2) Cómo se determinará el incumplimiento por parte del franquiciador o el franquiciado según la naturaleza de la obligación incumplida:

Para poder analizar las particularidades derivadas del incumplimiento del contrato de franquicia, tendremos que considerar que muchas de ellas llevan consigo la obligación del deudor con respecto al acreedor y de

llevar a cabo una determinada actividad o conducta, de manera que el acreedor será el que determine si se ha cumplido o no la obligación que con respecto a él se refiere.

La determinación del incumplimiento es algo muy complicado ya que existe la posibilidad de que el franquiciado haya actuado con la diligencia prevista bajo lo acordado en el contrato, y que aún así no se hayan conseguido los fines previstos, por lo tanto el franquiciado no ha llevado a cabo el incumplimiento.

El asesoramiento o asistencia técnico/comercial que el franquiciador concede al franquiciado siempre será en busca del éxito y de la uniformidad de la "red", y como anteriormente citábamos el franquiciado ha llevado a cabo la conducta que pacto mediante el contrato y no ha conseguido el éxito, aunque quisiera no podría salirse de la uniformidad que también pacto para conseguir el éxito comercial, ya que si lo hiciera, incumpliría una de las cláusulas del contrato.

Pero también puede darse el caso de que en la búsqueda del franquiciador que el éxito y la uniformidad, haya renunciado en cierto modo a la uniformidad plena, y sea más el éxito lo que busque, por tanto, en sí el franquiciado ha logrado el éxito renunciando de forma ligeramente sensible a la uniformidad que lleva consigo el ser franquiciado, no habrá recaído en un incumplimiento del contrato sino que habrá conseguido el fin primordial que estableció el franquiciador en un primer momento mediante el contrato.

.....

El contrato de franquicia de empresa.

(Las páginas del trabajo comprendidas entre la 18 y la 34 corresponden a las páginas 183–279, que he resumido del libro anteriormente citado).

XII. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

1) introducción:

Las obligaciones principales que se asumieron por las partes contratantes se agotarán con la realización de una actividad constante y duradera y no con la simple realización de una actividad aislada. De tal manera los contratos se considerarán de duración porque su cumplimiento conlleva el paso del tiempo y dicho paso del tiempo será necesario para que se produzca la consecución de los objetivos que en un principio pactaron las partes.

De todo ello se deduce que la naturaleza del contrato de franquicia, se base en un periodo de tiempo que oscilará normalmente entre el 5 y 10 años pero con posibilidad de que se pacte sin determinación de un límite temporal.

Es por ello, que sean completamente válidos los contratos de franquicia que no tengan un límite marcado desde su comienzo. Pero hay que considerar que estos contratos de franquicia puedan estar sometidos por sí mismos a unos límites, como puede ser un límite espacial o un límite temporal con el que se pretende evitar una prolongación excesiva del contrato, ya que, es posible que una de las partes en un futuro no estuviera interesada en la perpetuidad del contrato por cuestiones de conveniencia.

La pérdida del interés en un período temporal puede ser debida a diversas causas como lo son por ejemplo los pactos de no competencia, que como su nombre indica, consistente en no perjudicar a la otra parte contratante y puede que una de las dos no estuviera interesada debido a que se viera con más fuerza y capacidad de crecimiento que la otra.

• Causas de la extinción del contrato:

-Las causas comunes de extinción de la relación obligatoria de los contratos pactados a tiempo determinado o por tiempo indefinido: fin del contrato por "justo motivo".

"Nos referimos ahora, a los casos en los que careciendo determinadas circunstancias sobrevenidas en la vida del contrato provocan que la continuación de este hasta la llegada del término final o, caso de no existir este, de manera indefinida, no pueda ser exigida a la parte que se ha visto perjudicada, legitimando- la para que proceda a la denuncia "causal" del contrato, a la resolución del mismo con un justo motivo que la ampare". Desdeñir si una de las partes se ha visto perjudicada podrá exigir el término del contrato amparada por la ley.

Lo cual nos lleva a que, si estamos en un contrato franquicia al que se le ha determinado un tiempo de finalización, sólo se podrá ver concluido antes del plazo con una causa justa que lo justifique, propiamente ocurrirá lo mismo con los contratos por tiempo indefinido.

-La resolución del contrato por incumplimiento.

Cuando se haya incumplido el contrato, si existe una declaración a voluntad de la parte perjudicada de que quiera terminar con el contrato y desvincularse de la otra parte, dicha parte perjudicada tendrá todo el derecho a llevar a cabo dicha acción.

Como es obvio, cuando un contrato termina de forma súbita y además por incumplimiento de una de las partes, una de ellas saldrá perjudicada, pudiendo ser dicho perjuicio de diversa naturaleza ya sea por: daño emergente, pérdida sufrida o lucro cesante, entonces será el juez o el árbitro que conozca del asunto quien tenga que realizar la concreción de los perjuicios atendiendo a cada supuesto en particular.

Para realizar el juicio de responsabilidad, los daños necesariamente habrán de ser derivados de la falta de cumplimiento y referidos al momento mismo en que son evaluados, por tanto la sentencia no será meramente declarativa sino que producirá efectos entre las partes mermando el patrimonio de uno en beneficio del otro que fue previamente perjudicado.

-La resolución debida a causas objetivas: imposibilidad de realizar prestaciones prometidas. En particular la muerte o inhabilitación del franquiciado:

Cuando muere el franquiciado, es decir, que desaparece la persona física o tras la liquidación por disolución de la sociedad si es persona jurídica se entenderá que terminará el contrato de franquicia debido a la imposibilidad de realizar las prestaciones prometidas en el contrato.

De estos supuestos se deduce que si existe una conformidad sin necesidad de procedimiento judicial alguno, simplemente por un acto de declaración en el que se indique la voluntad de las partes, no habrá indemnización alguna de daños y perjuicios ya que el franquiciado o deudor estará liberado.

-la causa de extinción propia del contrato de franquicia pactado por un tiempo determinado: el término final (y el derecho a la prórroga y/o renovación).

Es lo más frecuente en el contrato de franquicia que se estipule dicho contrato por un tiempo determinado con un límite final, una vez que éste ha transcurrido el fenómeno de la extinción aparece.

A la llegada del término del contrato se puede producir la posibilidad de su prolongación por períodos de tiempo. Esto se lleva a cabo mediante prórrogas sucesivas o por renovaciones contrato o porque se guarde silencio.

Cuando ha transcurrido el término determinado que pactaron a voluntad las dos partes, se extingue la obligación que las une y el franquiciado deberá respetar dicho pacto sin pretender la prolongación del contrato

más allá del tiempo estipulado, a no ser que se prorrogue a voluntad de nuevo de ambas partes.

También puede darse el caso en que en el momento de la extinción, ésta no se lleve a cabo de forma súbita y automática sino que haya una relación de confianza entre las partes por la cual den por concluido el contrato o por otra parte que decidan prorrogarlo.

Los términos prórroga y renovación contractual pueden llevarnos a confusión, siendo los términos completamente diferente, esto es, la concesión de una prórroga será la prolongación del plazo previsto inicialmente por otro ha acordado en el anterior período de duración, y renovación será la estipulación de un nuevo contrato después de que el primero ya haya llegado a su vencimiento, además la renovación será más gravosa para el franquiciado que una simple prórroga.

En la vida cotidiana es poco frecuente una renovación pura y simple del contrato primero, siendo lo normal que llegado el momento de la finalización del contrato, el franquiciador proponga un contrato nuevo con ligeras modificaciones, dichas modificaciones normalmente exigirán unos cánones nuevos que normalmente ya se estarán aplicando a los franquiciados recién llegados (lo normal es que no supere el 25% del canon que hubiera pagado inicialmente).

.....

El contrato de franquicia de empresa. Aurora Hernández

(páginas de la 35 a la 37 del trabajo, que corresponden a pgs 383–413 del libro).