

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

CÓMO NEGOCIAR LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

V JORNADAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y COMERCIO INTERIOR
Toledo, 24, 25 y 26 de Noviembre de 1998 / *Universidad de Castilla - La Mancha*

SALVADOR JIMÉNEZ MARISCAL
Socio, Gómez - Acebo & Pombo

Cláusulas de los Contratos de Franquicia

- 1º) *Cláusulas sobre la TRANSMISIÓN DEL KNOW-HOW Y LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL*
- 2º) *Cláusulas relacionadas con la EXCLUSIVIDAD*
- 3º) *Cláusulas relacionadas con la CONFIDENCIALIDAD*
- 4º) *Cláusulas relativas a la PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN*
- 5º) *Cláusulas relativas al CONTROL Y VIGILANCIA*
- 6º) *Cláusulas de RESPONSABILIDAD*
- 7º) *Cláusulas relativas al PRECIO y a los PAGOS*
- 8º) *Cláusulas relativas al SUMINISTRO*
- 9º) *Cláusulas de DURACIÓN*
- 10º) *Cláusulas relativas a la TERMINACIÓN DEL CONTRATO*
- 11º) *Cláusulas relativas a la SOLUCIÓN DE CONFLICTOS*
- 12º) *Cláusulas de JURISDICCIÓN APLICABLE*
- 13º) *Cláusulas de IDIOMA DEL CONTRATO*
- 14º) *Cláusulas de MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO*
- 15º) *Cláusulas de TRAINING*
- 16º) *Cláusulas relativas al ABASTECIMIENTO*
- 17º) *Cláusulas relativas a las VENTAS*
- 18º) *Cláusulas relativas a la NO COMPETENCIA*

El enunciado de mi conferencia es ya de por sí problemático. La pregunta mejor sería: ¿se puede negociar un contrato de franquicia?

Es muy difícil de responder. En principio todos los contratos son negociables, pero en materia de franquicias hemos de partir de la base de que cada franquiciador, al menos los que están bien organizados, ha elaborado un modelo standard de contrato, normalmente con anterioridad a la puesta en marcha de su negocio de franquicias. Este modelo suele ser mejorado, obviamente si cuenta con equipo jurídico adecuado, a medida que va desarrollando el negocio, añadiendo nuevas cláusulas, resolviendo los problemas que los otros contratos han planteado, aprovechando los contenciosos que hayan podido tener con franquiciados o simplemente recogiendo sugerencias de otros franquiciadores e incluso de franquiciados. El contrato se ha transformado en un contrato de adhesión y la posibilidad de modificación del mismo es escasa.

Es claro que así podemos encontrar tres tipos de franquiciadores:

1.- **Franquicador novel:** ha elaborado su negocio de franquicia hace poco tiempo y comienza su andadura vendiendo franquicias. Se puede decir que este es el franquiciador mas asequible para un posible franquiciado, ya que, a pesar de haber obtenido el asesoramiento de un despacho de abogados, le falta la experiencia y además suele estar ansioso en poder vender su franquicia. Obviamente suele ser más asequible a la negociación e, incluso, puede ceder en cláusulas que cuando ya se haya consolidado nunca cederá.

2.- **Franquiciador experimentado:** después de un proceso de implantación ya ha conseguido una pequeña (o grande) cuota de mercado y está en mejores condiciones de ofrecer su franquicia. Es claro que su posición negociadora varía e incluso se permite seleccionar al candidato. Las condiciones de su contrato son mas difíciles de alterar y la negociación mas dura. Este franquiciador permite menos concesiones.

3.- **Franquicia consolidada o gran franquicia:** aquí la negociación es clara: lo firmas o lo dejas.

4.- **Franquiciadores extranjeros:** suelen estar muy consolidados en sus países y estar asesorados (sobre todo los británicos y los americanos) por importantes despachos de abogados que no permiten casi ninguna modificación en su contrato de franquicia hasta tal punto que, incluso cuando me encargan que analice el contrato y compruebe su adecuación a la legislación española, me rechazan la mayoría de las modificaciones que propongo.

Partiendo de la base de que hay algunos contratos (pocos) que sí se pueden negociar, os voy a desarrollar que cláusulas conviene examinar y el enfoque que o desde el punto de vista del franquiciador o desde el franquiciado son mas convenientes

A la hora de iniciar un proceso negociador en orden a concluir un *contrato de franquicia*, es necesario tener en cuenta todas y cada una de las cláusulas que integrarán el contenido del repetido contrato, para así conseguir la firma del negocio en las más óptimas condiciones. Las cláusulas son las siguientes:

1º) Cláusulas sobre la TRANSMISIÓN DEL KNOW - HOW Y LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL:

La transmisión del know - how, marcas, símbolos, nombres, enseñas y demás derechos de propiedad industrial ha sido considerada como la piedra angular sobre la que se sostiene el sistema de franquicias. Por lo tanto, a la hora de negociar un contrato de franquicia se debe de realizar una descripción detallada del sistema que se contrata, y que incluye el know - how, marcas, símbolos, derechos de autor, imagen corporativa y good - will.

En este sentido, las obligaciones que deberán recogerse en esta cláusula son las siguientes:

- Para el **franquiciador**, deberá:
 - . Posibilitar al franquiciado el uso del know - how.
 - . El franquiciador se obliga mediante el contrato a transmitir un derecho de utilización en positivo, por lo tanto, deberá realizar todo aquello que sea necesario para hacerle posible al franquiciado el ejercicio de ese derecho. El know - how deberá de reunir determinadas condiciones, sin las cuáles, la cosa objeto del contrato padecerá vicios.
 - . En esta cláusula, el contrato deberá de prever el asesoramiento técnico que el franquiciador tendrá que impartir.
 - . El franquiciador deberá de aportar la marca de los productos o el servicio, el emblema o la enseña, sus signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial:
 - . Marcas (De productos y De servicios)
 - . Nombre Comercial
 - . Patentes

Por lo tanto el franquiciador deberá autorizar el uso por parte del franquiciado de los derechos de propiedad industrial que detente. En este sentido, dicha cláusula deberá reflejar si el franquiciado ha obtenido el derecho a operar directamente la franquicia, o si también ha adquirido el derecho a cederla parcialmente a subfranquiciados.

- El **franquiciado** deberá por su parte:
 - . Usar los derechos de propiedad industrial de forma adecuada, con el objeto de proyectar una misma imagen corporativa y de informar al franquiciador acerca de las usurpaciones que sobre los mismos se puedan producir, en orden a ejercer las acciones legales que como titular le correspondan.
 - . Reconocer la validez, la propiedad de las marcas y nombres comerciales del franquiciador. Esto implica que deberá de hacer uso del derecho de utilización que se le transmite, con absoluta sumisión a las instrucciones recibidas.
 - . Obligación de ejercicio del know - how, en orden a conseguir una imagen y un posicionamiento en el mercado.
 - . Obligación de mantener el good - will y la imagen corporativa, así como de cumplir con estándares de calidad y todas las demás directrices y técnicas que hayan sido definidas por el franquiciador.

Por su parte, el **Código Deontológico Europeo de las Franquicias** establece como obligación del franquiciado, las siguientes:

Dedicar sus mejores esfuerzos al crecimiento de su negocio de franquicia y a la conservación de la identidad y la reputación comunes de la red de franquicia.

Además, el **Código Deontológico Europeo de las Franquicias**, establece como obligación conjunta y de carácter continuado de las partes firmantes de un contrato de franquicia, la siguiente:

Las partes deberán actuar de forma equitativa en sus relaciones mutuas:

El franquiciador deberá comunicar por escrito a sus franquiciados individuales cualquier infracción del contrato y, cuando proceda, concederá un plazo razonable para solucionar un eventual incumplimiento. Las partes deberían resolver, de buena fe y con buena voluntad, sus quejas, litigios y disputas, mediante la comunicación y la negociación directas, leales y razonables.

2º) Cláusulas relacionadas con la EXCLUSIVIDAD

Las Cláusulas relacionadas con la EXCLUSIVIDAD, constituyen una limitación a la libertad de industria y comercio entre franquiciador y franquiciado, o uno de éstos, a fin de obtener una mayor utilidad en el desarrollo del contrato.

La exclusividad puede estipularse bien en favor del franquiciador, bien en favor del franquiciado. Si se pacta en favor del franquiciador:

Las obligaciones principales del **franquiciado** serán las siguientes:

. Obligación de tan sólo desarrollar su tarea propia de explotación del negocio, en favor del sistema de franquicias.

. Prohibición de desarrollar otra franquicia para cualquier otro empresario, sea competidor de aquél o no. No obstante, esta prohibición podrá ser de forma distinta: ya que el franquiciado podría estar obligado a no promover o explotar los negocios de los competidores de su franquiciador, en la misma zona y en el mismo ramo de actividades para los cuales ha sido concedida la franquicia de que se trata. En algún contrato, se suele pactar la prohibición de subfranquiciar.

En el supuesto de que se pacte esta cláusula de exclusividad en favor del franquiciado, el **franquiciador** estará obligado por la:

. Prohibición expresa para el franquiciador de otorgar franquicias en un determinado territorio, concediendo su explotación de manera exclusiva a un franquiciado. Como contraprestación, a su vez el franquiciado se compromete a no exceder los límites de ese territorio concedido, pues con ello podría invadir el que se le ha concedido a otro franquiciado o el que se ha reservado al mismo franquiciador.

El **Libro Verde de la Comisión Europea sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria** estableció que los acuerdos a establecerse entre el franquiciador y el franquiciado, podrán contener cláusulas restrictivas a la competencia, como la concesión en exclusiva de un territorio a los franquiciados, o la obligación para éstos de no vender o utilizar en sus prestaciones de servicios productos competidores, siempre y cuando, se cumplan determinadas condiciones para poder disfrutar de una exención de las recogidas en el Reglamento N° 4087 / 88, habida cuenta de que mejoren la distribución favoreciendo la entrada de nuevos competidores en el mercado, o que ofrezcan mayores posibilidades de competencia y de éxito a comerciantes independientes.

3°) Cláusulas relacionadas con la CONFIDENCIALIDAD

Estas cláusulas implican para el **franquiciado**:

- . Una obligación de confidencialidad a cargo del franquiciado, respecto de los principios y conocimientos transmitidos.
- . Una obligación de no revelar a terceras personas, competidores o distribuidores, ninguna clase de conocimientos. El franquiciado debe guardar estricta reserva acerca de los secretos que le han sido transmitidos. Dicha obligación existe durante el término del contrato y se mantiene hasta después de su terminación.
- . El contrato deberá de reflejar cuál es la información que tiene carácter confidencial, así como debe prever las obligaciones relacionadas con la utilización de dicha información, debiendo especificar las personas que pueden llegar a tener acceso a dicha información. La información confidencial sería aquella acumulada industrial o comercialmente para desarrollar o mejorar la actividad de la empresa, siempre que pueda suministrar ventajas competitivas y beneficios económicos a su poseedor.

4°) Cláusulas relativas a la PUBLICIDAD y la PROMOCIÓN

Dicha cláusula está dirigida de forma conjunta a crear y aumentar la clientela del sistema de franquicia. En el contrato es importante que se determine conjuntamente el modo, tiempo y lugar en el cual se va a desarrollar la publicidad y la promoción. Esta obligación acarrea de forma implícita, una labor continua en orden a introducir y mantener en el mercado un producto o un servicio, desplegando para ello una actividad de convencimiento de la clientela. Mediante el ejercicio de la repetida obligación, se contribuye a formar la imagen y el buen nombre del producto o servicio, objeto de la franquicia.

En casi todos los contratos de franquicia se establece un porcentaje sobre la facturación (2-5%) que percibe el franquiciador como contribución del franquiciado a las labores de publicidad del franquiciador, bien local, regional o nacional.

Una de las quejas que me plantean los franquiciados es precisamente la ausencia de información sobre los gastos de publicidad en que incurre el franquiciador para la difusión de la franquicia.

¿Que fórmulas podemos utilizar como franquiciados para controlar que el dinero destinado a publicidad realmente se gasta en publicidad?. Las únicas que se me ocurren es que el franquiciado exija un detalle minucioso de los planes de medios a realizar por el franquiciador y un detalle de la realidad de los mismos. Algunos franquiciadores pueden caer en la tentación de no gastar ese dinero y destinarlo a otros menesteres. Ese supuesto sería un claro enriquecimiento injusto y el franquiciado podría reclamar las cantidades abonadas injustamente.

5º) Cláusulas relativas al CONTROL y la VIGILANCIA

Para el buen funcionamiento de la franquicia, el franquiciador realizará un control y vigilancia de forma permanente sobre el franquiciado, aunque mantendrá siempre su autonomía jurídica y patrimonial.

El **franquiciado**, en virtud de esta cláusula, tiene las siguientes obligaciones:

- . Obligación de permitir al franquiciador ejercer la vigilancia de la franquicia.
- . Así, el franquiciado está obligado a permitir la inspección de sus instalaciones por el franquiciador, en cualquier momento. Además, el franquiciado deberá de suministrar al franquiciador los datos operativos verificables para poder determinar el funcionamiento de la franquicia y los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva, y permitir al franquiciador y/o a sus representantes el acceso a sus locales y a su documentación, a petición del franquiciador y en momentos razonables.

Esta obligación tiene su fundamento en la relación de mutua confianza que implica el contrato de franquicia, y el riesgo que asume el franquiciador al entregar la imagen de sus productos a un franquiciado.

6º) Cláusulas de RESPONSABILIDAD

Según esta cláusula, en los contratos de franquicia deberán de reflejarse las eximentes de responsabilidad. Así, lo aconsejable sería que en el contrato se redacten de manera enunciativa, los eventos eximentes de responsabilidad teniendo en cuenta el carácter imprevisible e irresistible del hecho.

En los contratos de franquicia se deben distinguir las responsabilidades entre las partes y las responsabilidades frente a terceros (consumidores o usuarios).

* *Responsabilidad entre las partes:*

Es posible que las partes incluyan en su contrato las consecuencias de su incumplimiento, estipulando una cláusula penal, que se causará en favor del contratante cumplido.

* *Responsabilidad frente al comprador del producto o el usuario del servicio:*

- Responsabilidad del **franquiciado**:

. Las reclamaciones de los adquirentes finales de los productos vendidos o los prestados en el establecimiento comercial deben ser soportados y atendidos por el franquiciado.

. El franquiciado responderá de los daños o problemas causados por la mala calidad, por los vicios o defectos de fabricación de los productos, por la mala atención... y demás problemas de carácter administrativo que puedan presentarse en cualquier negocio.

- Responsabilidad del **franquiciador**:

En la actualidad, el consumidor también tiene concedida la facultad de acudir directamente al fabricante para que atienda los posibles defectos de fabricación de un producto. Sin embargo el consumidor, lo que tiende a hacer es demandar al franquiciado, teniendo después este último la posibilidad de obtener el reembolso del pago por parte del franquiciador.

No obstante, la normativa que regula la protección de los consumidores, establece la posibilidad de dirigir directamente sus pretensiones contra el franquiciador.

El fundamento de la responsabilidad del franquiciador radica en el control y vigilancia sobre la actividad del franquiciado que el primero realiza aparentemente de acuerdo con los términos del contrato.

7º) CLÁUSULAS RELATIVAS AL PRECIO Y A LOS PAGOS

El contrato de franquicia es un contrato oneroso, vinculado a un precio y a la realización de una serie de pagos.

Es obligación principal del franquiciado la de efectuar los pagos correspondientes al contrato de franquicia. La obtención de esta remuneración es la razón principal por la que el franquiciador decide celebrar un contrato de franquicia.

Las principales obligaciones de pago que el **franquiciado** tiene que efectuar, por formar parte del sistema de franquicia, son las siguientes:

. El *derecho de entrada o fee entrance*, que es el pago inicial que efectúa el franquiciado y que se corresponde con la cuota inicial que cubre el pago de los derechos de hacer negocios bajo los distintivos adoptados por el sistema y con la misma organización y métodos operativos del franquiciador. El propósito principal de este pago es reembolsarle al franquiciador, los gastos en los cuales incurrió en el otorgamiento de la franquicia. La remuneración a pagar por este derecho de entrada debe de ser estipulada y recogida en el contrato de franquicia.

El importe a establecer por este concepto en el contrato, dependerá de varios factores:

- Índice de penetración y conocimiento del nombre y marca del franquiciador
- Grado de competencia existente
- Extensión de las zonas concedidas
- Rentabilidad del negocio
- Nivel de inversión
- Plazo de duración del contrato

. Las *regalías o pagos continuos (Royalties)*, que son pagos periódicos, generalmente mensuales, aunque en algunas ocasiones anuales, y que se convienen contractualmente como contrapartida a los beneficios que obtiene el franquiciado por la utilización del nombre y marca del franquiciador, así como por los servicios que éste presta con carácter continuo. La cuantía a la que pueden ascender dichos Royalties puede ser de diferentes formas:

1.- Una cantidad fija mensual, trimestral o anual. Yo suelo recomendar esta fórmula en aquellas franquicias en las que resulta muy difícil comprobar la recaudación. Por ejemplo, en cierta ocasión me vino un cliente que quería montar una franquicia sobre un negocio de Pub o Bar de Copas. Como todos saben, la mayoría de las franquicias nace o debería nacer del éxito de un negocio determinado explotado por su propietario, que decide difundirlo mediante la franquicia. En un Pub, materias primas son difíciles de comprobar. El titular de una franquicia sobre un Pub podría declarar al franquiciador las ventas de forma fraudulenta sin que el franquiciador pueda hacer nada para comprobar la realidad. Las compras de bebidas (Coca-Cola, etc.), alcoholes (whisky, ginebra) es asequible a cualquiera y las ventas, aunque estén conectadas por módem con el franquiciador, pueden ser fácilmente despistadas. En estos supuestos es más aconsejable una cantidad fija en concepto de royalty. Esta fórmula evita fraudes, pero a veces puede ser muy injusta y hacer que el franquiciado se vea ahogado en pagos, sobre todo al principio. Algunas franquicias establecen pagos fijos al principio bajos que se incrementan en el segundo y tercer año.

2.- **Un canon o porcentaje** (sobre compras, ventas o resultados) siempre que se pueda comprobar la venta de caja el porcentaje, ésta es la fórmula. Hay muchas franquicias en las que el franquiciado ha de proveerse del producto directamente del franquiciador. La venta de caja contrastada con las compras realizadas al franquiciador permite fácilmente contrastar los resultados declarados. En otros casos, como academias de idiomas, tiendas de complementos, muebles, etc. es difícil comprobar las recaudaciones y en algunos casos le es más costoso al franquiciador establecer un cuerpo de inspección de tiendas que aceptar los pequeños "escapes" que se produzcan en las declaraciones. También se suele establecer una cantidad mínima exenta de royalty, o un royalty decreciente.

3.- **Mixto** (Un fijo más un porcentaje)

4.- **Sin Canon.** En algunas franquicias, en las de distribución especialmente, los franquiciadores no establecen ningún tipo de canon (salvo el de publicidad, en su caso). Son las franquicias de marca (especialmente de moda, textiles, ropa) construcción, mobiliario, tiendas de fotografía, helados de marca, etc.. El franquiciado solo puede vender los productos de la marca que le suministra el franquiciador. El beneficio del franquiciador en estos casos está en el propio suministro de los productos y no ha de complicarse la vida con cánones o liquidaciones mensuales. Al franquiciado, esta fórmula le evita problemas y costes de administración.

5.- **Canon objetivo.** - En otros casos, se establece un canon atendiendo a la superficie del local, la localización del mismo, o la población donde se ubica.

En la mayoría de los casos se establece pagar un porcentaje sobre las ventas del franquiciado ya que es un medio objetivo de valorar las ventajas reales que obtiene cada franquiciado.

La cuantía a la que deben ascender las regalías es algo que tiene que ser decidido con objetividad por el franquiciador, existiendo diversos factores a tener en cuenta en orden a calcularla:

- Beneficio que se espera obtenga el franquiciado en el desarrollo de su actividad
- Duración del contrato
- Obtención de una utilidad razonable por parte del franquiciado

. La *contribución a la publicidad y al desarrollo*, en la mayoría de los casos, la publicidad se encuentra centralizada y administrada por el franquiciador. En este supuesto el franquiciador exige a los franquiciados una regalía independiente para publicidad.

. Los conceptos por *otras cuotas* el contrato de franquicia en esta cláusula puede incluir otros honorarios, cuotas y derechos tales como los depósitos de garantía. Estos depósitos se emplean para garantizar el pago de toda la deuda que el franquiciado tenga pendiente con el franquiciador.

Existen otros pagos, tales como los derechos de transferencia (que deben de ser pagados por todo franquiciado por el derecho a traspasar su franquicia a un tercero) y los de renovación.

8º) Cláusulas relativas al SUMINISTRO

En el contrato de franquicia se puede generar una obligación de *dar* generalmente a cargo del franquiciador:

. Dicha obligación será consistente en transmitir la propiedad de unos bienes o servicios creados o prestados por éste último. La obligación de *dar* se combina necesariamente con una de *hacer*, ya que el producto que se va a entregar antes se tiene que *hacer*. En el caso de servicios, la obligación se reduce a las denominadas de *hacer*, y versan fundamentalmente sobre el entrenamiento y transmisión del know - how. Luego en el contrato de franquicia, en cuanto que el franquiciador se obliga a suministrar algunos bienes o servicios necesarios para el adecuado funcionamiento del establecimiento franquiciado, incluye una obligación de *dar* y una obligación de *hacer*.

9º) Cláusulas de DURACIÓN de los contratos de franquicia

La buena fe contractual obliga a que en los contratos de franquicia se acuerde entre las partes un término de duración amplio, o por lo menos lo suficientemente amplio, como para permitir que el franquiciado pueda recuperar su inversión. Además, este tipo de modalidades contractuales deben de ser tan amplias como para hacer posible que las partes cumplan con sus obligaciones, salvo que en el contrato se establezca una cláusula de prórroga o renovación. El plazo recomendable para ello, suele ser el de 4-5 años.

Ningún texto legal indica cual debe ser la duración de los contratos de franquicia. En este sentido, podemos ver que existen contratos para todos los gustos, desde un año (como en el caso de las tiendas Mango) hasta 20 años, como Wall Street Institute, Burguer King , Mac Donalds.

Los términos de extinción más habituales son los de 5 años en general, salvo en las franquicias de restauración que, por la inversión que debe realizar el franquiciador, suele ser superior (de 10 a 20 años).

En ausencia de texto legal que regule la duración del contrato, hemos de buscar que dice el Código Deontológico de la Franquicia. El Código Deontológico de la franquicia menciona que la duración del contrato ha de ser aquella que permita al franquiciado amortizar sus inversiones iniciales específicas de la franquicia. Pero: ¿Cuándo puede el franquiciado amortizar sus inversiones?:

* Si nos atenemos a un punto de vista fiscal, el Plan General de Contabilidad indica que las inversiones en instalaciones e inmovilizado material son de .. años. No obstante este punto de vista no nos sirve como premisa para una argumentación del periodo de duración de una franquicia.

* Las empresas amortizan sus inversiones en

No obstante, hay que insistir en que el Código Deontológico de la Franquicia, es una norma interna para aquellos franquiciados que están asociados en alguna de las asociaciones o federaciones de franquicia establecidas en Europa. En España, la Asociación Nacional de Franquiciadores admite como Código de Conducta las regulaciones de este Código Deontológico de la Franquicia.

La extinción del contrato de franquicia se opera por el transcurso del tiempo pactado por las partes. En defecto de estipulación expresa, en relación al factor temporal de duración, no se puede afirmar que la duración del mismo sea ilimitada, ya que las convenciones no pueden ser perpetuas puesto que eso iría contra la ley y contra la naturaleza de los actos humanos. Luego en el supuesto de que no se haya fijado un plazo de terminación del contrato, ambas partes tienen la facultad de desistimiento unilateral siempre que no se vulnere la obligación de preaviso si se pactó (seis meses según la jurisprudencia), y siempre que dicho desistimiento unilateral no implique abuso de derecho o traspaso de los límites de la equidad y buena fe.

10º) Cláusulas de TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Al igual que todos los contratos de tracto sucesivo la voluntad de ambos contratantes puede poner fin al contrato de franquicia. No obstante, algunas de las causas especiales de resolución de los contratos de franquicia que debieran de recogerse en el contenido de los mismos serían:

. **La expiración del término de duración.** En el contrato de franquicia el término de duración debe de ser lo suficientemente amplio como para que ambas partes puedan cumplir con sus obligaciones, salvo que se de la existencia de una cláusula de prórroga o renovación. Una vez concluido el período de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato. El franquiciador viola la obligación de buena fe que incumbe a todo contratante al momento de la celebración del contrato, si se establece un término de duración muy corto en donde el franquiciado no pueda recuperar su inversión. Podría ser fácil, por parte del franquiciador, caer en la tentación de resolver el contrato a su término y establecer cerca una nueva franquicia con otro franquiciado o una franquicia propia, a la vista del éxito obtenido por el antiguo franquiciado.

. **La decisión unilateral.** Esta modalidad se utiliza para la terminación de una franquicia cuya terminación no está condicionada al cumplimiento de un plazo o una condición, o para aquellos en que existiendo plazo o condición, se ha querido dejar abierta la posibilidad de terminarlo antes del cumplimiento de uno u otra. En este supuesto, la parte que resuelve deberá de notificarlo a la otra con una antelación suficiente, para que así la otra pueda concluir sus negocios pendientes.

. **La insolvencia de una de las partes.** Es recomendable que en el contrato se estipule la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato sin necesidad de pronunciamiento judicial, para el caso de que se de la insolvencia de una de las dos partes firmantes. La parte afectada por dicha resolución, lo que sí podrá es solicitar de la autoridad judicial que decida sobre la licitud o incorrección de la mencionada resolución.

. **El incumplimiento de las obligaciones consagradas en el contrato.** En el supuesto de los contratos de franquicias, cuando uno de los contratantes incumple con alguna de sus obligaciones, surgen para la parte perjudicada cualquiera de las siguientes pretensiones:

- Resolución del Contrato de Franquicia con indemnización de los perjuicios que se le hayan podido causar.

- Compeler al cumplimiento del Contrato con indemnización de los perjuicios que se le hayan podido causar.

Teniendo en cuenta la inversión realizada por el franquiciado, que suele ser considerable, yo recomiendo establecer un aviso previo al franquiciado en caso de incumplimiento contractual para darle la oportunidad de subsanar el incumplimiento realizado. Ese plazo de preaviso previo a la resolución se suele establecer en 30 días.

11º) Cláusulas relativas a la SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Son posibles de estipular dentro de un contrato de franquicia, aquellas cláusulas mediante las cuales las partes contratantes puedan obtener la solución de los conflictos de intereses o diferencias que puedan surgir en el seno de la citada modalidad contractual.

Por ello, y para la solución de los conflictos, en los contratos de franquicia es posible que se establezcan cláusulas de arbitraje y/o de conciliación para el caso de que sea necesario un tercero a la hora de resolver un conflicto, evitando de pleno el tener que acudir a los Tribunales de Justicia.

En este sentido, la Federación Europea de Franquicias creó un Comité de Arbitraje que se encuentra a disposición de las partes que deseen someter a su conocimiento sus eventuales litigios.

12º) Cláusulas relativas a la JURISDICCIÓN APLICABLE

Otra de las cláusulas que también deberán de ser objeto de negociación a la hora de firmar un contrato de franquicia, será la de *sumisión a la Jurisdicción de los Tribunales* sitos en un determinado lugar. Dicha cláusula supondrá que los Tribunales designados serán los únicos competentes para conocer de las pugnas de intereses que entre sendas partes firmantes surjan en el seno de la relación comercial existente. Y ello llevará consigo, la renuncia expresa a la jurisdicción que a cualquiera de las partes le corresponda siempre que no coincida con la estipulada en el contrato.

13º) Cláusulas relativas al IDIOMA DEL CONTRATO

También es un tema de vital importancia a la hora de firmar el contrato, y en orden al manejo de las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado, en especial en materia de contratos internacionales de franquicia, el que se refiere al idioma que va a regir el desarrollo de las relaciones comerciales de las partes.

El idioma del contrato de franquicia es de absoluta relevancia al punto que la falta de precisión en los términos jurídicos, podría hacer inoperantes o inaplicables las cláusulas del contrato. El hecho de que se realice una traducción literal del documento podría llevar a desvirtuar totalmente la intención de las partes en cada una de las obligaciones asumidas, y la interpretación que los jueces o los árbitros, según sea el caso, hagan del documento va a ser completamente equivocada.

14º) Cláusulas de MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Es aconsejable que además, en todo contrato de franquicia se incluya una cláusula que establezca las bases de un procedimiento que tenga por objetivo el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, cuando se presenten circunstancias imprevisibles o circunstancias no imputables a las partes. Un principio general de buena fe contractual, exige que los contratos reconozcan los derechos de quienes han contratado, manteniendo un equilibrio de recíprocas prestaciones, lo cual se logra protegiendo el resultado económico que perseguían los contratantes. Para que se configure esta situación, es necesario que los acontecimientos que la causan sean anormales o imprevisibles y hayan alterado transitoriamente el cumplimiento del contrato haciéndolo excesivamente oneroso. En este punto, es necesario expresar que por ejemplo, es el franquiciado quien, en general, asume los riesgos durante la etapa de establecimiento del local en cuestiones relativas a su construcción tales como, mayores cantidades de obra, imprevistos de obra, cambios de especificaciones... Por tanto, estos riesgos, en tanto que enriquezcan indebidamente al franquiciador, hacen necesario fijar un procedimiento para el establecimiento del equilibrio económico del contrato.

15º) Cláusulas de TRAINING:

El **franquiciador** en la gran mayoría de las ocasiones acordará obligarse a:

- . Prestar el entrenamiento de empleados del franquiciado en la planta de éste.
- . El adiestramiento de su mano de obra.
- . El envío de ingenieros para montar y supervisar la producción.
- . El suministro de productos de fabricación propia y los manuales de operación.

El *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*, establece que entre las obligaciones del franquiciador, una de ellas será la de proporcionar a sus franquiciados individuales una formación inicial y una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato.

16º) Cláusulas relativas a GARANTÍAS

Es muy habitual que en las franquicias de distribución, especialmente las de textiles en las que las prendas se ceden en depósito, se establezcan ciertas cláusulas de garantías (aval bancario o depósito en efectivo) para que el Franquiciador se asegure el cobro del producto enviado. Es necesario siempre delimitar el importe de la garantía y especialmente de la renovación de la misma y adaptación a las necesidades económicas y de stock existentes. Lo más importante es que se establezca un criterio objetivo para la adaptación de la garantía. He visto como contratos de franquicia en materia textil han sido resueltos por el franquiciador por la negación del franquiciado a aceptar una cláusula de garantía abusiva. En muchos casos es simplemente una excusa para deshacerse del franquiciado no deseado.

El *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria* establece otro tipo de factores a ser regulados por un Contrato de Franquicia, y que pasamos a reflejar en tres nuevas cláusulas:

17º) Cláusulas relativas al ABASTECIMIENTO

En general, está prohibido fijar a través de una cláusula contractual a los franquiciados obligaciones de compra exclusiva. No obstante, como se denota del artículo 4 del Reglamento

Nº 4087/88, este tipo de cláusulas serían perfectamente válidas, siempre que el franquiciado sea libre para obtener los productos objeto de la franquicia de otros franquiciados; y en el caso de que la distribución de los productos se llevara a cabo a través de otra red de distribuidores autorizados, el franquiciado deberá de tener libertad de proveerse de estos distribuidores.

Serán admisibles sin embargo, aquellas cláusulas por las que los franquiciados se comprometan a adquirir cantidades mínimas, a planificar sus pedidos con antelación y a mantener existencias con un surtido mínimo de productos, siempre y cuando no se rebase lo estrictamente necesario para mantener la identidad común y la reputación de la red.

18º) Cláusulas relativas a las VENTAS

Está prohibida cualquier tipo de cláusula que someta al franquiciado a restricciones relativas a la fijación o imposición de los precios de venta. No obstante, el franquiciador podrá recomendar precios a los franquiciados cuando ésto no sea prohibido por las legislaciones nacionales, y siempre que no se dé lugar a prácticas concertadas para la aplicación efectiva de tales precios entre el franquiciador y los franquiciados o entre éstos últimos.

Son admisibles todas aquellas cláusulas que tiendan a imponer obligaciones de carácter promocional, siempre y cuando se limiten a lo estrictamente necesario para preservar la identidad común y la reputación de la red. Como por ejemplo son las cláusulas a través de las cuales el franquiciado se compromete a:

- Realizar un volumen de negocios mínimo.
- Ofrecer en venta un surtido representativo de la gama de productos contractuales.
- Prestar a la clientela el oportuno servicio y la garantía.

No son sin embargo aceptables, las cláusulas que prohíban al franquiciado impugnar la validez de los derechos de propiedad industrial o intelectual que formen parte de la franquicia.

19º) Cláusulas relativas a la NO COMPETENCIA

Se pueden imponer al franquiciado dos tipos de obligaciones de *No Competencia*:

- Una en relación a los productos competidores
- Y la otra, en relación a actividades comerciales competidoras

En relación a dichas imposiciones, el Reglamento 4087/88 de la CEE establece que son correctas aquellas cláusulas que en un contrato de franquicia impongan al franquiciado la obligación de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia, aunque no lo son aquellas que se apliquen a las piezas de repuesto y los accesorios fabricados por competidores del franquiciador.

En este mismo sentido, el franquiciador puede obligar al franquiciado a:

- Vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador.
- Elegir los productos fabricados por el franquiciador o por terceros designados por él, cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia.

En cuanto a la obligación impuesta al franquiciado de no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador, esta cláusula sería correcta y de acuerdo con el Derecho de la Competencia, siempre que resulte necesario para proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciador o la identidad común de la red. Obligación ésta, que según el *Libro Verde*, jamás podrá imponerse por más de un año tras la expiración del contrato.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA APLICABLE EN ESPAÑA

La Federación Europea de la Franquicia, E. F. F. (European Franchise Federation), fue constituida el día 22 de Septiembre de 1972, y sus miembros son asociaciones o federaciones nacionales de la Franquicia establecidas en Europa. El objeto de esta Federación es el estudio objetivo y científico de la Franquicia en todos sus aspectos, la coordinación de las acciones de sus miembros, la promoción de la Franquicia en general y de los intereses de sus miembros en particular.

La Federación creó un ***Código Deontológico de la Franquicia*** que entró en vigor el día 1 de Enero de 1991 y que es de aplicación en España. El uso y la costumbre, junto a la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, son la cuarta fuente del Derecho. En materia de franquicias, el uso ha sido utilizado desde el principio para suplir la carencia existente en este sector. Y a su vez, el citado uso, en el mercado de las franquicias, se ha ido fijando por las conductas que los operadores han venido realizando de acuerdo con el mencionado Código Deontológico.

En dicho Código, se establecen una serie de puntos esenciales mínimos del contrato de franquicia:

- Derechos concedidos al franquiciador
- Derechos concedidos al franquiciado
- Productos y/o servicios a suministrar al franquiciado
- Obligaciones del franquiciador
- Obligaciones del franquiciado
- Condiciones de pago del franquiciado
- Duración del contrato
- La base para cualquier renovación del contrato
- Derecho del franquiciador a adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados
- Disposiciones para la terminación del contrato
- Disposiciones para la inmediata entrega, a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciador o a otro titular del mismo.

El Código, establece que en el supuesto de que un franquiciador imponga un precontrato a un candidato a franquiciado individual, se deberían de respetar los siguientes principios:

- Antes de la firma de cualquier precontrato se le debería entregar información escrita sobre su finalidad y sobre cualquier pago al franquiciador que se le pueda requerir para cubrir los gastos reales de éste durante y en relación con la fase de precontrato, ya que en el caso de que se firme el contrato de franquicia, el mencionado pago debería ser reembolsado por el franquiciador o considerado a cuenta del eventual derecho de entrada a pagar por el franquiciado individual.
- El precontrato deberá definir su duración e incluir una cláusula de finalización.
- El franquiciador puede imponer cláusulas de no competencia y/o confidencialidad para proteger su know - how y su identidad.

Recomendaciones a los Franquiciadores Extranjeros (especialmente anglosajones):

Es habitual que los franquiciadores extranjeros, cuando tratan de asentarse en España, me encarguen la revisión y adaptación de sus maravillosos y enormemente largos contratos de franquicia para su aplicación en España. Esos contratos fueron preparados por prestigiosísimos despachos de abogados americanos o ingleses. Suelen ser contratos donde se regula hasta la extenuación aspectos incluso insignificantes que llevan al contrato a un texto difícil de interpretar por las partes y sobre todo de cumplir.

La tan exhaustiva regulación de los contratos y la cantidad de cláusulas de índole administrativa, contable, financiera, etc... hace en muchos casos que el contrato sea muy difícil de ejecutar por parte del franquiciado. Hay que entender que, en muchos casos, el franquiciado trata especialmente de desarrollar su negocio y en ello se centra. Las obligaciones que imponen muchos de los contratos anglosajones implican al franquiciado la necesidad de establecer un aparato administrativo ajeno al propio desarrollo de su negocio que en la mayoría de los casos no es seguido o cumplido por el franquiciado, posibilitando que éste se encuentre en causa de resolución por permanente incumplimiento

Muchas veces ocurre lo contrario. El franquiciador impone en el contrato una serie de obligaciones que debe cumplir (asistencia continua, perfeccionamiento de los sistemas, adecuación a los avances de software, notificación de mejoras realizadas por otros franquiciadores, etc.) que sistemáticamente incumple y que originan multitud de quejas por parte de los franquiciados.

Mi primera recomendación, como es obvio, es la de olvidarse de su contrato y redactar uno "ad hoc" con formato español, terminología española y simplificar el contrato al máximo. Nosotros, a diferencia de la legislación anglosajona, tenemos códigos y regulaciones que suplen aquellos aspectos del contrato no regulados expresamente.

Los contratos anglosajones suelen incluir exhaustivas regulaciones y aspectos muy detallados de casuística en los contratos. Yo opino que cuanto mayor sea la regulación al detalle, más posibilidades hay de que queden aspectos sin regular.

Desde un punto de vista comercial, me he encontrado con la dificultad que tienen los propios directores de franquicias master o de franquiciadores extranjeros cuando tienen que vender una franquicia y se le presenta al franquiciado un contrato de 80 o 90 páginas, que a la fuerza obliga al franquiciado a contar con un abogado experto en franquicias para poder, al menos, entender el propio contrato. (Lo único positivo que tiene, eso sí, es que nos da trabajo a los abogados nacionales).

Madrid, a 18 de Noviembre de 1998.
