

1.- Naturaleza y Regulación

El contrato de franquicia ha sido definido siempre como contrato atípico, por tanto, carece de una ley específica que regule tanto su contenido como sus consecuencias.

Debido a esta falta de un marco legislativo específico, cuando vamos a firmar un contrato de franquicia hemos de prestar especial atención a lo que conlleva dicha firma.

De la legislación vigente en la actualidad que regula el contrato de franquicia podemos destacar la siguiente:

El reglamento 2790/99

Viene a ser una aglutinación del conjunto de los casos en los que no resultan aplicables las medidas protectoras del Tratado de la CE en materia de competencia. Antes, con el antiguo 4087/88 era muy sencillo, puesto que se refería específicamente al tema que nos ocupa.

El nuevo reglamento, tiene un carácter mucho más generalista, mas amplio, que engloba todos los casos, sin entrar a valorar cada categoría. Tiene por tanto un marcado carácter economicista.

El segundo de ellos, de ámbito nacional, es el Real Decreto 2485/1998 cuyo contenido viene a definir qué es un contrato de franquicia, que es la información precontractual, el deber de confidencialidad y la creación y funcionamiento del registro.

El resto de las normas tiene un carácter más bien secundario, puesto que son excepciones de otros ámbitos que se han adecuado expresamente para poder aplicar el reglamento comunitario, así, el Real Decreto 2485/1998 desarrolla la Ley de ordenación del comercio minorista, o el Real Decreto 378/2003 que desarrolla la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, puesto que permite los acuerdos verticales siempre que cumplan lo estipulado en el Reglamento 2790/99.

Por tanto, ante una situación como esta, los pactos establecidos entre las partes, carecen de un control específico y en consecuencia debemos ser muy cautos a la hora de suscribir un contrato de estas características.

2.- Elementos esenciales del contrato

Antes de firmar el contrato, debemos pasar por un proceso en el que tanto el franquiciador como el potencial franquiciado analizan la idoneidad del negocio que van a comenzar.

Para lo cual firman un precontrato. Este es un acuerdo por el que el franquiciador se compromete a mostrarnos los entresijos del negocio, a cambio de una cláusula de confidencialidad y una señal de compromiso.

Y lógicamente, un elemento esencial es la información precontractual:

Exige la normativa española que con una antelación de 20 días a la firma del contrato, el franquiciador debe entregar al potencial franquiciado toda aquella información referente al negocio.

Y más concretamente en cuanto a

- a) Datos de identificación del franquiciador
- b) Acreditación de tener concedido el título de propiedad o licencia de uso de la marca
- c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia.
- d) Experiencia de la empresa franquiciadora, evolución y el desarrollo de la red franquiciada.
- e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación
- f) Estructura y extensión de la red en España
- g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia

Por tanto, primera cuestión que debemos tener en cuenta:

A pesar de que la ley exige que toda la información que nos faciliten ha de ser veraz y contrastable, hay que verificar que todo aquello que nos cuentan es cierto, no creerlo de buenas a primeras.

Otro punto esencial es lo relativo a las cifras de explotación.

Lamentablemente, en la actualidad hay algunos casos en los que el franquiciador no ha testado suficientemente el producto, y lo que nos están ofreciendo son expectativas.

No debemos por tanto dejarnos influenciar en exceso por esas cifras, que sin duda nos ofrecen una visión de los posibles rendimientos del negocio, pero no dejan de ser eso, meras expectativas. **El decreto dice claramente que el franquiciador no tiene obligación de dar números de explotación pero si lo hace la información debe ser veraz y contrastada.**

Pero esto ocurre como hemos dicho en contadas ocasiones, sin que podamos tomar como habitual esta actitud.

Veamos ahora cuales son los elementos esenciales del contrato.

Los tres más importantes son:

- Cesión del uso de la marca
- Transmisión del Know how o saber hacer
- Prestación de asistencia técnica continuada.

La cesión del uso de la marca:

Este elemento es esencial porque uno de los principales reclamos que tiene el negocio de franquicia es lo mucho o poco que se conoce la marca, puesto que dependiendo de esa notoriedad, el éxito del negocio en el que vamos a invertir será mayor o menor.

Como es lógico, el franquiciador deberá estar autorizado para poder ceder el uso de esa marca, lo cual se permite mediante la licencia de uso.

Aquí nos encontramos con una de las primeras obligaciones del franquiciador:

En lo que dure el contrato, el franquiciador, debe estar en posesión de los derechos sobre la marca y además velar y adoptar todas las medidas que sean necesarias para poder proteger el pacífico uso de la misma.

La transmisión del Know how o saber hacer

Este elemento es quizá el más importante en la situación actual en la que se encuentra el mercado de la franquicia.

Es muy habitual que a cualquier cosa se le llame saber hacer, sin embargo, el saber hacer está perfectamente definido por el Código Europeo de la Franquicia:

El "saber hacer" es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del Franquiciador (previamente testadas por él mismo). Es secreto, sustancial e identificable.

Aquí por tanto hay dos elementos esenciales; primero, que sean novedosas y segundo que sean contrastadas.

Hay que verificar detenidamente que el know how tiene contenido y que realmente comprende una serie de mejoras o conjunto de parámetros empresariales que supongan una sustancial ventaja competitiva.

Prestación de Asistencia Técnica Continuada

Este es un elemento de desarrollo posterior, por el que el franquiciador está obligado a procurar asesoramiento continuo durante toda la vida del contrato de la franquicia. Este es un contrato de tracto sucesivo que se perfecciona y permanece en vigor durante mucho tiempo.

Esto obliga al franquiciador a velar no solo por sus intereses, sino que expresa la verdadera esencia del contrato de franquicia, el deber de mejorar permanentemente las condiciones en las que opera la red de franquiciados.

Esas mejoras no solo deberán afectar a la red en general, sino que, además deben estar específicamente dirigidas al franquiciado si éste lo precisara.

3.- Elementos secundarios

Veremos ahora que otras cláusulas deben ser revisadas detenidamente, que, si bien no afectan al contrato de forma esencial, si que afectan al modo en que se desarrolla el mismo.

Exclusividad territorial: La importancia de esta cláusula viene para acotar el territorio dentro del cual ni el franquiciador, ni otro franquiciado puede establecer un negocio del mismo tipo que el nuestro.

La duración: Este elemento es discutible en cuanto que si supera los cinco años, puede contravenir la normativa europea. La duración inferior a 4 años perjudica la naturaleza del contrato ya que impide al franquiciado poner, en algunos casos, amortizar la inversión.

Las obligaciones financieras: Prácticamente todos los contratos de franquicia llevan aparejadas las siguientes obligaciones:

- Canon de entrada: por el que se le abona al franquiciador la licencia de uso de la marca, así como una pequeña parte del saber hacer utilizado.
- Royalties de explotación: puede ser de tres tipos:
 - o Fijo: Una cantidad alzada mensual
 - o Variable: Un porcentaje de las ventas mensuales brutas
 - o Mixto

El objetivo de este tipo de cánones es triple: Garantizar la exclusividad, pagar el coste del saber hacer y la Asistencia técnica continuada.

- Royalty de Publicidad: que es la aportación de cada uno de los miembros de la red a un fondo cuyo objetivo es aunar esfuerzos de carácter económico para crear recursos suficientes con el objeto de poder realizar campañas de publicidad tanto a nivel nacional, como local. Suele consistir en un pequeño porcentaje de las ventas mensuales brutas. Si el franquiciador no se gasta el canon de publicidad en potenciar la red eso se podría considerar un incumplimiento muy grave del contrato. Y gastar ese canon en montar, por ejemplo, ferias, no es el destino lícito del canon.

Los manuales operativos: La transmisión del saber hacer (know how) se suele realizar mediante cursos de formación y con la entrega de los manuales operativos. Los Manuales operativos son el cúmulo de experiencias obtenidas por el franquiciador en su trayectoria profesional. Deben recoger todos sus conocimientos, métodos, soluciones de problemas, etc., además de los detalles que forman su imagen corporativa y sus métodos. Esta cláusula debe recoger claramente que los manuales deben ser revisados y actualizados periódicamente por el franquiciador, puesto que el saber hacer, no es estático, por tanto, las novedades deben comunicarse al franquiciado de forma inmediata.

Los manuales representan una importante herramienta de trabajo diario para el franquiciado: su objetivo es explicarnos paso a paso todos y cada uno de los detalles de procedimiento del negocio y por ello tenemos que confirmar si estos manuales está completos, si satisfacen nuestras necesidades etc...

Los manuales son elemento contractual, por lo que el incumplimiento tanto por el franquiciador como por el franquiciado, puede ser incluso una infracción grave al contrato, que, en algunos casos, podría acarrear resolución del mismo.

La formación: Este aspecto también tiene su enjundia, y además se da una paradoja de forma muy habitual;

Si no sabemos nada del negocio que vamos a explotar, precisamos de toda la ayuda y los conocimientos del franquiciador para hacernos con el negocio en muy poco tiempo, para una vez iniciada la explotación nos apoyemos en los manuales y eventualmente en el franquiciador.

Pero también ocurre, que si podemos saber del tema. En este caso, mi recomendación es que sigan fielmente el contenido de los manuales de franquicia, que apliquen de forma clara y concisa los parámetros establecidos por el franquiciador, y paralelamente, cualquier sugerencia o mejora que deseen realizar respecto al negocio háganla por escrito, pero nunca la apliquen de forma individual o unilateral. Las consecuencias pueden ser muy perjudiciales, dañando no solo el negocio, sino que también dañará a la relación con nuestro franquiciador.

La formación tiene que ser inicial, para la implantación del negocio, y de continuidad, como complemento de la

Asistencia técnica continuada; suele consistir en cursos de reciclaje de gerentes, uso e implantación de nuevas herramientas informáticas o formar de desarrollar nuevos servicios que se ofrecerán en el negocio. **La franquicia no puede ser un negocio estanco. Ha de ser un negocio vivo en permanente evolución. El franquiciador debe buscar nuevos elementos que mejoren el rendimiento de su negocio y el de sus franquiciados y trasmitírselo a éstos. Ello sin contar con la asistencia que debe prestar en caso de problemas habituales cuya solución no se reflejen en los manuales.**

El aprovisionamiento: Tema delicado este, puesto que es lógico, y así está comúnmente aceptado, que el franquiciador nos determine a qué o cuales proveedores debemos acudir para explotar nuestro negocio. Pero eso no quiere decir que nos puedan imponer los proveedores de todos los productos que necesitamos para el local!.

Es decir, que si se trata de los productos que son la esencia del negocio, por el bien de la homogeneidad y por tanto del conjunto de la cadena, así como para garantizar que la calidad de los productos sea la optima, debemos aprovisionarnos exactamente con los mismos proveedores que el resto de la red.

Ahora bien, si se trata de productos que nada tienen que ver con el negocio, no resulta tan claro que nos tengan que imponer esos proveedores, por ejemplo, la lejía, o los elementos de la limpieza.

En este tema, también recomendamos emplear estrictamente los proveedores autorizados, y si deseamos utilizar alguno distinto, lo mejor es solicitar al franquiciador que nos lo homologue para toda la red, pero nunca utilizar un proveedor no homologado para un producto esencial del negocio.

Otras cláusulas

Las garantías: Muchas veces nos resulta sorprendente que al franquiciador le soliciten ciertas garantías financieras para cubrir las posibles deudas en las que incurriera el franquiciado. Esto es muy habitual, y no debemos sorprendernos de ello.

La más habitual es la entrega de un aval bancario. Y a este respecto, un consejo, que probablemente todos pensarán que es baldío, pero créanme, no lo es, nunca mezclen su patrimonio personal con el empresarial, a veces las ganas y la ilusión nublan la razón, y un patinazo en este asunto y podemos acabar con nuestra familia bajo un puente.

Nos referimos ahora a aquellas que afectan especialmente a las obligaciones recíprocas entre franquiciador y franquiciado, las relativas a la obligaciones postcontractuales y las que recogen las causas de resolución del contrato.

Por principio, todos los contratos son simétricos, es decir, que las obligaciones de uno son más o menos equiparables a las del otro. Es habitual que los contratos de franquicia no sean tan simétricos como querríamos, sin embargo, estas tres cláusulas si tienen algo en común, que deben ser recíprocas. Veámoslas

Las que se refieren a las obligaciones de cada parte, vienen a ser una recopilación detallada de cuanto se ha venido regulando en las cláusulas anteriores, en ellas, ha de haber una equiparación en cuanto a las que cada parte tiene que asumir e identidad con lo indicado con el párrafo de referencia. Es decir, que no podemos entender como bueno un contrato en el que solo el franquiciado tiene obligaciones y el franquiciador no asume ninguna.

En cuanto a las obligaciones postcontractuales: Por definición, son cláusulas que protegen el saber hacer del franquiciador, puesto que evitan que el franquiciado explote durante un tiempo determinado el mismo negocio como lo venía explotando hasta entonces. Estas cláusulas, no pueden superar el plazo de duración de UN año, ni pueden afectar a un área geográfica distinta de aquella que se le concedió en el contrato.

Lo mismo podemos decir en cuanto a las cláusulas relativas a la resolución del contrato; estas deben ser equiparables y recíprocas.

Por tanto, aunque el contrato parece que es inflexible, no por ello debemos dejar de revisar detenida y lentamente todas y cada una de las cláusulas, consultando con nuestro asesor legal aquello que no nos parezca adecuado, ello sin perder de vista el tipo de negocio que queremos iniciar.

4.- Problemática habitual

Los contratos de franquicia no tienen problemas, quienes los generan son las partes. Aunque una mala redacción de los contratos también puede generar problemas.

Y digo esto, porque uno puede estar completamente de acuerdo con lo que pone en un contrato, que esta firmando y estar en desacuerdo a los tres meses porque aquello no es lo que le habían prometido.

La relación que se deriva de un contrato de franquicia entre franquiciador y franquiciado es un vínculo de colaboración muy estrecho y en ocasiones muy débil.

Su debilidad reside en la ambición, legítima por supuesto, de ambas partes por querer obtener mayores beneficios del negocio iniciado. Eso hace que la cuerda se estire hasta que se rompe.

¿Cuáles son los puntos que suelen crear mayor fricción una vez que el contrato comienza a surtir efectos entre las partes?

Es habitual que surjan diferencias cuando se inician las obras de acondicionamiento del negocio. Si el franquiciador se ha comprometido en el contrato a hacerse cargo de las obras, debemos tener muy en cuenta diferentes aspectos, tales como que todas aquellas obras que deban realizarse sean presupuestadas por escrito, o que una modificación del planteamiento inicial del proyecto afecte a dicho presupuesto.

Una vez que el negocio ya está en marcha, lo siguiente que ocurre es que las ventas no se ajustan a las previsiones que nos dieron.

Esto es cada día más frecuente y muchos franquiciados cometen el error de basar su decisión de firmar única y exclusivamente en las cifras que nos han entregado, quitando importancia a cuestiones que son mucho más relevantes tales como el contenido del saber hacer o la idoneidad del local que nos han ofrecido respecto a la ubicación del mismo y la tipología del negocio a implantar o una simple cuestión de licencias.

Esto hace que las relaciones se vuelvan tan tensas, que en ocasiones el franquiciado quiere resolver el contrato, recuperar el canon de entrada e intentar explotar el negocio por su cuenta, todo ello, sin tener en cuenta la cláusula de no competencia que está habitualmente al final del contrato, y que suele venir acompañada de una fuerte indemnización. Lo cual suele acabar en un pleito.

Si el negocio nos ha ido bien, ha tenido buena aceptación, hasta pasados uno o dos años, no suele haber problemas. Excepto una leve sensación de engaño porque le dijeron que no tendría que ocuparse de nada, mas que de hacer caja, pero la realidad es que trabaja más que ninguno. Acompañada de una permanente preocupación acerca del destino que se le está dando al fondo de publicidad, puesto que siempre tenemos la sensación de que haga lo que haga el franquiciador, nunca es suficiente y no mejora en absoluto nuestra situación.

Un problema frecuente a estas alturas es la relajación por ambas partes en cuanto a sus obligaciones se refiere; el franquiciador, porque ve que el negocio va bien y los cambios que introduce en el know how son mínimos, por tanto, no hay casi iniciativas de mejora. El franquiciado por su parte, ve que el negocio se estabiliza y por tanto, no busca una mayor optimización del negocio.

Aquí es donde resulta fundamental la colaboración estrecha entre ambas partes, la red de franquiciados y el franquiciador. Es muy importante que el franquiciado asuma una posición de colaborador, queriendo aportar nuevas ideas, nuevos planteamientos al franquiciador, para que sea este quien analice la adecuación de las mismas y su viabilidad.

Otro problema que suele surgir con bastante frecuencia es lo que yo llamo el periodo de la iluminación.

Es ese momento en el que el franquiciado, aquel que hace un año no sabía absolutamente nada respecto de ese negocio, se percata de que él ya lo sabe todo, ya controla todo el negocio, y empieza a pensar que el franquiciador está de adorno, que cobra unas cantidades que afecta muchísimo a su cuenta de resultados, y que no necesita al franquiciador para nada.

Comienza una renegociación urgente de las condiciones del contrato, especialmente en lo que se refiere a los royalties, denuncias al franquiciador de desvíos relativos al fondo de publicidad, acusaciones de que se lleva dinero de los proveedores y un largo etcétera.

Llegado este punto toma la decisión de buscar una resolución del contrato, de forma anticipada.

Esto suele acabar en absoluto desastre, puesto que generalmente es cuando entra en aplicación la cláusula de indemnización.

Por qué se aplica esa cláusula: el único motivo es que el coste del saber hacer que el franquiciador le ha transmitido al franquiciado es indeterminable.

Por tanto se establece un sistema de pago de esa experiencia en función del éxito del negocio. El royalty.

Cuando llevamos un año explotando el negocio, conocemos la sistemática y empezamos a pensar que no nos han enseñado nada bueno.

Sin embargo, el negocio sigue dando rendimientos, es decir, que la formula sigue teniendo éxito.

Si se resolviera el contrato en ese instante, el franquiciador nunca recuperaría su inversión, porque para poder desarrollar su saber hacer ha tenido que pasar previamente por todas las fases del negocio, es decir, éxitos y fracasos. Pero sin embargo el franquiciado ya no pasa por ahí, porque el franquiciador le ha explicado como evitarlo.

Por eso el contrato de franquicia tiene tan amplia duración.

Volviendo a la cláusula comentada, porque se le indemniza al franquiciador, pues porque no ha podido recuperar la inversión realizada, porque el saber hacer que le entregó al franquiciado posiblemente dejará de ser secreto y por tanto dejará de percibir unos ingresos que le corresponden legítimamente.

En conclusión, que el franquiciado cierra el negocio, cambia el rótulo, reforma algunas cosas y vuelve a abrir con el mismo tipo de negocio solo que con otro nombre.

El problema es que también se ha olvidado de que el contrato tiene una cláusula que le impide ejercer la misma actividad durante el año siguiente a la fecha de finalización del contrato, ya sea por vencimiento del plazo o bien por resolución anticipada.

Esta medida, también dirigida a proteger el saber hacer del franquiciador tampoco goza de mucha aceptación en estas circunstancias.

5.- Precauciones

Por tanto, en primer lugar, una vez que hemos determinado en qué franquicia vamos a invertir, lo primero que hay que hacer es averiguar cuantos franquiciados han dejado de serlo.

Ese suele ser un dato importante, puesto que a dos o tres le puede haber ido mal, pero a 10 u 11 en un año, ya es preocupante.

Y lo siguiente que hemos de hacer es buscar el asesoramiento adecuado.

Esa es la mejor precaución posible. Un buen asesoramiento preventivo es la mejor herramienta para poder firmar un contrato con ciertas garantías de tranquilidad.

Dicho esto;

Verificar que toda la información que nos han entregado es cierta.

Si desconocemos el tipo de negocio estudiar detenidamente las opciones que nos ofrece el mercado. **Encargar a una empresa solvente un buen estudio de mercado.**

No tener prisa; eso hace que perdamos de vista el objetivo que perseguimos, invertir con relativa seguridad, lo cual podemos lamentar más tarde.

En cuanto al local, comprobar que se ajusta la actividad que vamos a realizar, que posee las licencias que necesita etc...

Durante el periodo del precontrato, aprovechar al máximo las posibilidades de informarnos, contrastar esa información, si es preciso con otros franquiciados.

Mas vale, perder la señal entregada en el precontrato, evitando males mayores, que perder la cantidad de miles de euros que hemos invertido, apalancándonos financieramente en muchas ocasiones, lo cual nos lleva a la ruina más absoluta.

Releer y comprender una y otra vez las cláusulas del contrato.

Con todo lo dicho, he de decir que el negocio de la franquicia es una muy buena inversión, que en muchas ocasiones genera buenos resultados, y que la experiencia nos ha demostrado que todavía hay mucho camino por andar en este tipo de negocios, pero cada día aparecen más y mejores franquiciadores que se toman muy en serio su trabajo.

Ahora bien, ningún negocio de franquicia puede funcionar si el franquiciado no tiene la mentalidad clara de cuál es su posición y cuales son sus obligaciones.