
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Sanchez Pallas, Victor; Lafoz Torres, Angel, dir. El contrato de franquicia : una visión crítica y completa. 2024. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303105>

under the terms of the  license



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

TRABAJO FINAL DE GRADO

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA: UNA
VISIÓN CRÍTICA Y COMPLETA**

Víctor Sánchez Pallàs

Doble grado en Administración y Dirección de Empresas y
Derecho

Curso 2023-2024

Ángel Lafoz Torres

RESUMEN

En la actualidad, el incremento de negocios bajo la relación de franquicia, ha sido sustancial. Sin embargo, la falta de conocimiento sobre este tipo de contrato sigue siendo la tónica habitual. Por ello, el presente Trabajo de Final de Grado analiza los aspectos más esenciales del contrato de franquicia y trata de crear una mayor conciencia respecto los riesgos de esta figura jurídica. Para lograr esto, se estudiarán los puntos característicos del contrato y sus elementos esenciales. Asimismo, se realizará un análisis de la regulación vigente aplicable a la franquicia. Por otro lado, se examinarán las principales causes de conflicto entre franquiciador y franquiciado, así como los diferentes métodos de resolución utilizados. Finalmente, se tratará de determinar los principales problemas de este tipo de contrato.

Palabras clave: contrato de franquicia, regulación, know-how, marca, conflicto, asistencia, mediación, arbitraje, relación.

ABSTRACT

Currently, the increase in business under the franchise relationship has been substantial. However, the lack of understanding about this type of contract continues to be the usual trend. Therefore, this Final Degree Project analyses the most essential aspects of the franchise contract and aims to raise greater awareness about the risks associated with this legal figure. To achieve this, the characteristic points of the contract and its essential components will be studied. Additionally, an analysis of the current regulations applicable to the franchise will be conducted. On the other hand, the main causes of conflict between franchisor and franchisee will be examined, as well as the different resolution methods used. Finally, an attempt will be made to determine the main problems of this type of contract.

Key words: franchise contract, regulation, know-how, brand, conflict, assistance, mediation, arbitration, relationship.

Abreviaciones

- RD: Real Decreto
- AEF: Asociación Española de la Franquicia
- CE: Comisión Europea
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea
- TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
- Ob. Cit.: Obra citada
- Pág.: página
- CC: Código Civil
- OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas
- KPI: Key Performance Indicator

Contenido

1. Introducción.....	3
2. El contrato de Franquicia.....	5
2.1. Introducción y definición.....	5
2.1.1. Concepto para la doctrina	5
2.1.2. Definición para la ley	6
2.1.3. Definición para la jurisprudencia.....	7
2.1.4. Listados negativos	7
2.2. Regulación actual: escasez normativa	8
2.2.1. RD 201/2010	8
2.2.2. Reglamento 330/2010 de la CE.....	11
2.3. Características generales del contrato.....	12
2.3.1. Mercantil	12
2.3.2. Típico vs Atípico	14
2.3.3. Nominado	16
2.3.4. Consensual	16
2.3.5. Oneroso	17
2.3.6. Interempresarial o de colaboración.....	18
2.3.7. De confianza.....	19
2.3.8. De duración.....	20
2.4. Elementos esenciales del contrato	21
2.4.1. Cesión de la marca	22
2.4.2. Formación del know-how	24
2.4.2.1. Marco legal del know-how.....	25
2.4.2.2 Características	25
2.4.2.3. Know-How dentro del contrato de franquicia.....	26
2.4.3. Asistencia técnica y comercial	27
3. Principales causas de conflicto surgidas del contrato de franquicia	29
3.1. Falta de objeto o transmisión del Know-How.....	29
3.2. Falta de Asistencia técnica y comercial	30
3.3. Vicios en el consentimiento por información precontractual no veraz	31
3.4. Incumplimiento en la zona de exclusividad	32
3.5. Falta de pago de royalties	33
3.6. Vulneración de la cláusula de no competencia	34
3.7. Comercialización de productos no autorizados u homologados	35

4. Métodos de solución de conflicto: Importancia de las ADR.....	36
 4.1. Vía judicial	36
 4.2. Vía extrajudicial	37
 4.2.1. Mediación.....	38
 4.2.2. Arbitraje.....	40
 4.2.3. Tabla comparativa entre la mediación y el arbitraje:	42
5. Problemática real del contrato de franquicia: Relación desequilibrada.....	44
6. Conclusiones	47
7. Bibliografía	49

1. Introducción

En el mundo actual, con una globalización masiva, una feroz competitividad y donde, aparentemente, innovar se presenta como un desafío complicado, crear un negocio desde cero y lograr consolidarlo se ha convertido en todo un reto, incluso para los emprendedores más experimentados. Los riesgos de fracasar pesan lo suficiente como para que la gran mayoría decida no materializar sus ideas de negocio y decida no pasar a la acción.

Ante este complejo escenario, existe un modelo de negocio capaz de paliar muchos de estos baches: la franquicia. Gracias al contrato de franquicia, se diluyen algunos de los puntos más negativos del emprendimiento; en primer lugar, elimina la necesidad de fortalecer una marca, ya que esta se encuentra en un mercado y, se presupone, que tenga cierta fortaleza. Además, este negocio garantiza una base clientelar lo suficientemente robusta, lo que facilita obtener una rentabilidad de manera rápida.

Para corroborar el peso de la franquicia en el mercado, solo es necesario dar un paseo por cualquier ciudad. Desde negocios de restauración rápida como McDonald's hasta compañías del sector de la belleza como Druni, existe una infinidad de negocios que optan por la franquicia. Según los estudios realizados de manera anual por la AEF en el año 2023, en 2022 la cifra de millones facturados por franquicias en España fue de 26.929 millones de euros, por otro lado; por otro lado, emplea a 303.959 personas y el número de establecimientos es de 77.246¹. Por otro lado, desde el año 2002 hasta el año 2022, el incremento en el número de empleados en franquicias ha sido del cien por cien. En cuanto al número de establecimientos el aumento ha sido desde los 42.000 aproximadamente a la cifra anteriormente nombrada².

La estructura de la franquicia consta de dos partes: el franquiciado y el franquiciador. Sobre el papel, el contrato de franquicia es un “win-win”, puesto que el franquiciado puede explotar un negocio de una marca fuerte y, por otro lado, el franquiciador puede expandir su marca y generar más ingresos sin necesidad de asumir muchos riesgos. Sin

¹ Masuet, L. (2023). La franquicia en España: Informe 2023. *Asociación Española de Franquiciadores*. <https://www.cajamar.es/storage/documents/informe-aef-2023-f0a39.pdf>

² AEF. (2016). GRÁFICOS DE EVOLUCIÓN DE LA FRANQUICIA EN ESPAÑA (2001-2016). *Asociación Española de Franquiciadores*. <https://www.aefranquicia.es/wp-content/uploads/2017/03/Gr%C3%A1ficos-de-evoluci%C3%B3n-de-la-franquicia-en-Espa%C3%B1a.pdf>

embargo, lo que aparentemente debería ser una relación idílica, puede complicarse por muchos motivos.

En la presente investigación se trata de obtener una visión completa y crítica respecto a este tipo de negocio. Mediante un análisis completo de esta figura jurídica y un estudio sobre casos prácticos, se busca llegar a conclusiones que permitan clarificar si este tipo de negocio es beneficioso para un emprendedor y conocer cuáles son los aspectos positivos y negativos que conlleva.

2. El contrato de franquicia

2.1. Introducción y definición

2.1.1. Concepto para la doctrina

Explorando el concepto de franquicia, se puede observar que, actualmente, existe una gran variedad de definiciones de distintas entidades, ya sean representativas de las franquicias o de otra índole. Estas definiciones de organismos especializados ofrecen un gran apoyo para contextualizar y posteriormente analizar el contrato de franquicia. En primer lugar, la **Asociación Española de la Franquicia** (AEF) la define como: “*un modelo de negocio entre dos partes, por el que una de ellas, el franquiciador o dueño de la marca, cede a otra, el franquiciado, el derecho a explotar y comercializar sus productos o servicios dentro de una zona geográfica determinada, transmitiéndole todo el saber hacer del negocio, a cambio de unas contraprestaciones económicas periódicas. Ambos, franquiciador y franquiciado, son empresarios independientes, si bien operan bajo el paraguas de una misma marca, compartiendo intereses y objetivos comunes, de ahí que el éxito de uno será el éxito del otro. A su vez, firman un contrato de franquicia por un periodo de tiempo concreto, en el que se recogen los derechos y las obligaciones de ambas partes.*”³

Otros autores, en sus definiciones, enfatizan en mayor medida los elementos esenciales para establecer un marco descriptivo de este tipo de contrato, por ejemplo, Carlos López (2005) lo define como: “*un tipo contractual por el cual una parte, productora o distribuidora de bienes o servicios, o de ambos, llamada franquiciador, confiere a la otra, llamada franquiciado, el derecho al uso de una marca, un nombre comercial, logos, diseños y aún otros elementos que constituyen un activo esencial para el negocio de éste, así como la aplicación de determinados procedimientos operativos, todo lo cual debe ser utilizado por el franquiciado en el desarrollo de su actividad comercial conforme a las indicaciones y parámetros impuestos por el franquiciador quien, a esos efectos, asiste y controla en forma continuada al franquiciado; y éste a su vez, se obliga a pagar al franquiciador una compensación pecuniaria que puede ser fija (inicial o periódica), porcentual (royalty) o combinada (fija y porcentual)*”.⁴

³ AEF. *Qué es una franquicia, un franquiciador y un franquiciado*. Asociación Española de la Franquicia <https://www.aefranquicia.es/sistema-de-franquicias/que-es-franquicia-franquiciador-franquiciado/>

⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, C. (2005). La franquicia. *Revista de la facultad de derecho*. Vol. 9, Págs. 61-74 <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/395/436>

En otras definiciones de reconocidos autores⁵, se trata la función económica del contrato, destacando que la franquiciadora, que es aquella empresa que concentra el capital intangible), recurre a otros pequeños empresarios independientes (a la vez que controlados por la franquiciadora) para la comercialización de sus productos a un público que ya identifica su marca, su nombre o su know-how.

2.1.2. Definición para la ley

A nivel legislativo, se encuentran dos definiciones muy relevantes; una a nivel europeo y otra a nivel estatal. La regulación europea se articuló en el reglamento 4087/1999 de la CE que describe el contrato de franquicia como: “*el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: — el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, — la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «know-how», y — la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo*”⁶.

Por último, a nivel estatal, la definición más completa la encontramos en el artículo 2.1. RD 201/2010, que define la actividad de la franquicia como: “*aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato. b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y c) La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del*

⁵ Lázaro Sánchez, E. J. (2000). Ob. Cit. Págs. 92-93

⁶ CE, Reglamento No 4087/1999 de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, Art. 3 apartado b)

acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.”⁷

2.1.3. Definición para la jurisprudencia

En primer lugar, la ST, de 27 de septiembre de 1996, cuya doctrina ha sido ampliamente replicada en muchas ocasiones⁸, define este tipo de contrato como aquél que se celebra entre dos partes, en que una cede su modelo de negocio a la otra que debe seguir ciertas directrices impuestas.⁹

Por otro lado, en sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, en el mismo sentido que la sentencia anterior, pone énfasis en la independencia de las partes entre sí y en la remuneración que el franquiciado debe pagar a cambio del uso de la marca.¹⁰

2.1.4. Listados negativos

Por último, tenemos una definición que incluye un listado negativo sobre negocios similares a la franquicia pero que no deben considerarse como tal. Este listado se encuentra de nuevo en el RD 201/2010 de 26 de febrero, en concreto en el artículo 2, apartados 3). En primer lugar, el apartado 3) describe lo siguiente: “*No tendrá necesariamente la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta*”

Seguidamente, el apartado 4) da un listado completamente negativo sobre lo que no es considerado franquicia: “*Tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas:*

⁷ RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores

⁸ Entre otras sentencias que reiteran esta doctrina de la sentencia se encuentran: STS de 14 mayo 2002. RJ 2002\4512 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2^a); STS de 14 julio 2001. RJ 2001\7099 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2^a); STS de 2 abril 2002. RJ 2002\3546 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2^a)

⁹ Sentencia de 27 septiembre 1996. RJ 1996\6646

¹⁰ Sentencia núm. 172/2018, de 21 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz

- a) *La concesión de una licencia de fabricación.*
- b) *La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona.*
- c) *La transferencia de tecnología.*
- d) *La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial.”*

A partir de las definiciones mencionadas, podemos obtener diversas conclusiones al respecto, atendiendo a los aspectos similares que se incluyen entre los diferentes organismos:

1. **Transferencia de derechos del franquiciador al franquiciado:** el franquiciador permite al franquiciado usar la marca, el nombre comercial, logotipos y otros elementos distintivos del negocio. De este modo, se puede desarrollar el negocio bajo la identidad y con la reputación ya existente de la empresa.
2. **Contraprestación de carácter financiero:** En compensación por los derechos de explotar la marca y otros activos intangibles (como el know-how). Estos pueden ser fijos, periódicos o una combinación de ambos y se pagan a cambio del soporte que reciben del franquiciador. Además de estos pagos periódicos, existe un pago inicial para empezar a desarrollar la actividad.
3. **Enseñanza del Know-How:** La transmisión de conocimientos técnicos y operativos es un elemento esencial del contrato de franquicia. Este saber hacer permite al franquiciado replicar el modelo de negocio del franquiciador.
4. **Asistencia técnica o comercial durante la vigencia del contrato:** Más allá de simplemente proporcionar el know-how inicial, el franquiciador se compromete a ofrecer un continuo soporte a su franquiciado. También es encargado de realizar campañas de marketing.
5. **Duración determinada:** el contrato de franquicia se establece con una duración determinada (si bien puede ser indefinido), una vez finalizado el mismo; puede renovarse.

2.2. Regulación actual: escasez normativa

2.2.1. RD 201/2010

El RD 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (RD 201/2010 en adelante), es la normativa principal del contrato de

franquicia en el estado español. Este RD, sustituye a dos normativas anteriores que venían regulando aspectos similares a la ley actual. Estas dos legislaciones son: la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y, por otro lado, el RD 2485/1998 de 13 de noviembre.

Su existencia es esencial para el funcionamiento de este tipo de negocios y se focaliza principalmente en dos aspectos: el registro de franquiciadores y la información precontractual.

Seguidamente se detallan los principales puntos de esta legislación:

1. Registro de franquiciadores:

Mediante esta ley, todos los franquiciadores que operan en España deben estar registrados antes de iniciar la actividad a realizar. El hecho de que se nombre el término “operar” es debido a que afecta tanto a franquiciadores nacionales como extranjeros siempre que sus franquiciadores se encuentren en España.

En este registro se debe proporcionar información de varios aspectos; desde una descripción del tipo de negocio y aspectos más formales, hasta datos financieros o rentabilidades de los últimos períodos antes de iniciar la franquicia.

2. Información precontractual

Este es el apartado más importante dentro del RD. Esta información es conocida como DIP (documento de información precontractual). Los franquiciadores deben entregar a quienes quieren formar parte de la franquicia, información completa sobre el negocio en varias facetas. La falta de entrega del mismo o la entrega con información sesgada o errónea, puede provocar conflictos entre ambas partes, pudiendo incluso, provocar la anulación del contrato por vicios en el consentimiento del mismo. Esta información viene regulada en el artículo tercero del RD 201/2010 sobre Información precontractual al potencial franquiciado. Sin embargo, además de la información indicada en este artículo, se suele hacer entrega de otros datos que pueden ser considerados relevantes para el franquiciado.

Algunas de los aspectos que deben ser informados son¹¹:

¹¹Los aspectos detallados y que deben ser informados, vienen dados por el RD 201/2010, sin embargo, hay otros puntos derivados de los regulados, pero no nombrados de manera directa, en ese aspecto, Teva Villén, M.R. Pérez González, B. (2021). “*Franquicias en el Sector Deportivo*”. Dykinson. Pp. 33-35; De la cruz

- **Datos relativos a la identificación del franquiciador:** esto incluye; el nombre completo o razón social, el domicilio, los datos de contacto y el registro de la empresa en el registro de franquiciadores. Datos sobre el capital social en los balances, inscripción en el registro mercantil. También el registro de la marca en la OEPM o, por lo menos, el resguardo de inicio del proceso del registro. Es necesario acreditar el título de propiedad y uso de la marca.
- **Descripción del negocio:** cuál es el tipo de productos o servicios que ofrece. Qué es lo que diferencia este negocio de otros.
- **Datos financieros:** auditorías financieras de los últimos años y ratios o KPI de la empresa. Datos sobre los ingresos y beneficios de la empresa para conocer la viabilidad del mismo. Se debe realizar una estimación de la rentabilidad y ofrecer casos de éxito de la compañía con franquiciados en territorios y clientela similares.
- **Historial de la franquicia:** datos sobre la evolución de la franquicia durante los años. También, como se ha desarrollado el mercado.
- **Descripción del mercado o sector:** Estudio sobre el mercado en general, clientes, competencia u otras franquicias del mismo grupo y como se han desarrollado.
- **Soporte y formación:** cómo es el soporte que ofrece la franquiciadora a la franquiciada a nivel periódico y cómo resuelven los conflictos cuando estos aparecen. A nivel de formación, cómo se realiza y qué recursos ofrecen para el desarrollo del negocio.
- **Inversión en la franquicia:** cuál es la inversión requerida, tanto a nivel estándar como a nivel específico. Desglose en el canon de entrada al negocio y las cuotas o royalties periódicos.
- **Territorio:** definición del ámbito territorial del negocio para establecer delimitaciones tanto para el propio franquiciado como para posibles futuros clientes de la franquiciadora. De este modo, se evitan futuros conflictos con otros franquiciados de la misma matriz.
- **Duración, terminación y posible renovación del contrato:** Es un punto muy importante delimitar la duración del contrato. Esta se debe confeccionar en base a la inversión inicial y al tipo de negocio que se ofrece. También es importante tratar cláusulas de posible renovación del negocio y, en el caso de no establecer

Saugar, J.R. (2021). “*Todo lo que debes saber sobre el contrato de franquicia*”. Legalitas. <https://www.legalitas.com/actualidad/todo-lo-que-debes-saber-sobre-el-contrato-de-franquicia>;

una duración determinada, definir cláusulas unilaterales de finalización del contrato.

- **Conflictos y método de solución de los mismos:** información sobre posibles litigios y pleitos que pudieran surgir durante la vigencia del contrato. También, cómo se resolverán los mismos, ya sea mediante la vía judicial o por cualquier otro método alternativo de solución de conflictos.

En conclusión, el objetivo principal de este RD es mantener un estándar de transparencia y seguridad sobre todo para los franquiciados. Se facilita un marco normativo para evitar prácticas engañosas y así garantizar que se reciba toda la información necesaria para que se tome la mejor decisión posible

2.2.2. Reglamento 330/2010 de la CE

El *Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* tiene un objetivo principal: eximir a ciertos contratos de algunas restricciones europeas. En concreto, se trata de restricciones anticompetitivas reguladas por el TFUE en su artículo 101.

En el contrato de franquicia, como se ha mencionado con anterioridad, se imponen ciertas restricciones al franquiciado en cuanto, por ejemplo, el territorio sobre el que pueden actuar, estándares de calidad, productos o servicios que pueden ofrecer y otras restricciones generales.

Mediante este reglamento, se trata de aclarar cuáles son las restricciones permitidas en este tipo de contratos, lo cual es crucial ya que, en este caso, establece baremos numéricos y objetivos al respecto, lo cual, brinda una mayor protección al franquiciado. De este modo, se mitigan problemas como el control excesivo por parte del franquiciador.

En este contexto, hay ciertas restricciones de las que se eximen a la franquicia y otras sobre las que se mantienen. En este caso, al haber de unas y de otras en los mismos artículos, el análisis se realizará sobre los mismos en vez de hacerlo por categorías:

1. **Artículo 2 del reglamento:** se considera aceptable y por ende se establece una exención sobre la obligación de compra exclusiva. Ello se traduce en que, solo se permite al franquiciado proveerse de productos homologados previamente. Gracias a permitir esta

imposición, se mantiene la coherencia y los estándares de la franquicia. Ya que, de no ser así, la imagen de la marca desaparecería.

2. Artículo 4 del reglamento: la información en este artículo, pese a ser ciertamente compleja, se analiza del siguiente modo. Aquí se instruye información en dos direcciones, por un lado, algunas exenciones y por otras, restricciones que no pueden ser eximidas:

- **Artículo 4 apartado a):** prohíbe determinadamente restricciones sobre el precio de venta de los franquiciados, por ende, el franquiciador no puede imponer el precio al que sus productos se revenden.
- **Artículo 4 apartados b) y c):** en cuanto a este artículo, permite asignar o limitar el territorio de acción de los franquiciadores de manera activa. Esto significa que el franquiciador puede prohibir a los franquiciados buscar clientes de forma activa en territorios de otros franquiciados. Sin embargo, lo que sí está permitido son las “ventas pasivas”, que son aquellas de clientes de territorios de otros franquiciados que se acercan a los de otros.

2.3. Características generales del contrato

Una vez analizada la definición dada por varios organismos, es también importante determinar cuáles son las características principales de este tipo de contrato. Este estudio es relevante ya que, es un contrato un tanto especial introducido desde otros territorios. Por ello, para conocer más sobre las posibles discusiones que pudiere generar, tener claro el funcionamiento de este contrato es clave. Muchos autores coinciden con lo establecido en la doctrina y jurisprudencia al respecto, por ello se seleccionan las que generan mayor consenso.

2.3.1. Mercantil

Para que un contrato sea descrito como mercantil, es necesario que concurren tres requisitos principales; las operaciones desarrolladas por el contrato deben ser actos de comercio, los participantes del contrato (o al menos uno de ellos) debe ser un comerciante y debe haber un ánimo de lucro. Estos requisitos quedan descritos en el propio código de comercio español.

Previo análisis, es necesario conocer qué es un acto de comercio. No existe una definición genérica y en que haya acuerdo anánime sobre su validez. Por ello, la mejor opción es remitirse a los preceptos legales. Principalmente, los actos de comercio son todos aquellos

enumerados en el código de comercio español¹². Algunos de los que se enumeran y son importantes en el contrato de franquicia son: compra-venta de bienes muebles, transporte de personas o cosas u operaciones bancarias.

En el caso del contrato de franquicia, es sencillo determinar que todos estos requisitos concurren; en primer lugar, las operaciones o actividades principales de las franquicias son actos de comercio ya que, en la mayoría de ocasiones, la operativa principal concuerda con lo que el precepto legal del código de comercio establece. Seguidamente, en cuanto a las partes del contrato, ambas son consideradas comerciantes. Primeramente, el franquiciador ya es dueño de una compañía y una marca que funciona y, por otro lado, el franquiciador, si bien previo contrato puede no ser un comerciante, mediante el negocio que se pretende constituir, pasará a ser uno.¹³ Por último, en cuanto al ánimo de lucro, el propio objetivo del contrato de franquicia es hacer crecer la marca, lo cual sirve para generar más beneficios, por otro lado, para constituirse la franquicia es necesario establecer unos ingresos mínimos y que el propio negocio sea rentable.

Atendiendo a lo establecido en el propio RD 201/2010 de 26 de febrero, en su artículo 2.1. se describe que: “*se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia... aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito... ”.*

Por otro lado, también así lo define en sentencia el tribunal superior de justicia de Castilla-León.¹⁴

¹² El artículo 2 del Código de Comercio define los actos de comercio como: “*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.*

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.” Si bien la propia definición no establece propiamente de manera clara a lo que se refiere el concepto, da una cierta aproximación.

¹³ El artículo 1 del Código de Comercio español define los comerciantes como: “*Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.”*

¹⁴ STSJ Castilla-León, Valladolid, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 1998 (rec. 722/1998)

2.3.2. Típico vs Atípico

Un contrato típico es aquel que está específicamente regulado por la ley, de este modo, se estipulan los derechos y obligaciones de las partes en la propia regulación. Este tipo de contrato tiene una estructura formal, regulación explícita y ofrece un alto grado de seguridad jurídica. Algunos ejemplos son; el contrato de compraventa, el de arrendamiento o el de préstamo.

Por otro lado, el contrato atípico es el que, a diferencia de los anteriores, carece de regulación explícita por la ley. Estos contratos surgen para paliar una nueva situación en que las necesidades de las partes no quedan reguladas. Este tipo de contratos se basan, principalmente, en la autonomía de las partes, quienes pueden pactar libremente dentro de ciertos límites establecidos por las normas generales de la contratación¹⁵.

Amplia es la doctrina sobre lo que se considera como un contrato típico o atípico. Si bien esta diferenciación no ha tenido a nivel histórico una gran relevancia, en los últimos años han surgido una gran cantidad de figuras de derecho que se configuran como tal y, gracias a ello, la información al respecto de este tipo de contratos, ha aumentado considerablemente. Algunos ejemplos de este tipo de contratos son: el contrato de colaboración empresarial, el contrato de factoring, el de leasing y el de franquicia (para algunos autores).

Observando una gran cantidad de definiciones se observa que, generalmente, lo que se define es lo que se considera un contrato atípico y, se hace hincapié en por qué no se puede considerar un contrato como típico. Vicent Chuliá define esta figura como: “*Son contratos atípicos los no regulados legalmente, aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social*”¹⁶. En el libro “*Contratos atípicos*”¹⁷, se define a los contratos típicos como aquellos que se encuentran regulados en la ley, en tanto atípicos, los que no. Otra definición es la ofrecida por Xavier O’callaghan¹⁸ quien lo especifica del siguiente modo: ”*Contrato ATÍPICO es el que, careciendo de regulación propia, ha sido creado y regulado por las partes*”.

¹⁵ Así lo define el artículo 1255 del CC español:” *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”

¹⁶ Chuliá, F.C. (1986). Ob. Cit. Pág. 43.

¹⁷ Cardozo Roa, C.C., Perafán Del Campo, E.A. (2019). Ob. Cit. Pág. 17

¹⁸ O’Callaghan, X. (2020). Ob. Cit. Lección 7^a

En cuanto al contrato de franquicia, en la actualidad, se da una situación un tanto especial. No todo es blanco o negro y, en el caso del contrato de franquicia podría ser una situación gris ya que, como se mencionará a continuación, no se puede encasillar en ninguna de las dos posiciones.

En el caso de la consideración de la tipicidad de los contratos, no determinar por una categorización u otra puede significar que, pese a existir regulación para una tipología de contrato, ésta, sea incompleta.

Analizando la jurisprudencia y doctrina anterior a 2010, se puede observar como, de manera unánime se consideraba este contrato como atípico¹⁹.

Sin embargo, posterior a la entrada en vigor del RD 201/2010, la consideración de este tipo de contrato vira hacia una nueva posibilidad: la tipicidad parcial. Así lo definen algunas sentencias relevantes, poniendo de relieve que, pese a no tener una regulación completa, el hecho de que parte del contrato sí tenga legislación al respecto no permite considerarlo como completamente atípico²⁰.

Por otro lado, otros autores consideran el contrato de franquicia como típico: “*Se trata de un contrato tipificado legalmente, pero prácticamente carente de régimen jurídico sustantivo salvo en lo que se refiere a la información previa y al deber de confidencialidad, aún cuando se contempla el aspecto jurídico-administrativo de la actividad de la franquicia y de las consecuencias de su actuación en el respeto a las normas del mercado, aspecto sobre que se volverá a incidir al examinar el marco normativo de su régimen jurídico.*”²¹.

¹⁹ Por ejemplo, la Sentencia núm. 145/2009 de 9 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lo define como: “*Ello hace que deba considerarse que en España, la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal, lo que ha generado que, al igual que en Francia, que la Asociación Española de Franquiciadores se haya dotado de un Código deontológico, que no tiene efectos imperativos*”. Por otro lado, la Sentencia de 27 septiembre 1996. RJ 1996/6646, explica que: “*El contrato de franquicia surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado «franchising» como manifestante de una situación contractual que no tiene su reflejo en el Derecho positivo, debe estimarse como enclavado dentro del área de los denominados contratos atípicos*”. Esta doctrina es replicada por la Sentencia núm. 385/1998 de 30 abril de 1998 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

²⁰ Sentencia núm. 254/2020 de 4 de junio de 2020 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo describe que: “*c carece de una regulación completa y sistemática en nuestro Derecho positivo, aunque se refieren a la franquicia diversas disposiciones... Se trata de un contrato que, en este sentido, no es completamente atípico, pero sí parcialmente al estar dotado de una regulación fragmentaria e incompleta, referida fundamentalmente a aspectos relativos a normas de competencia, registro de franquiciadores, información precontractual y contenido mínimo o esencial de las prestaciones de los contratantes, que lo caracteriza como una modalidad de los contratos de distribución*”

²¹ Sequeira Martín, A., Roncero Sánchez, A., Martín Cerdeño, V.J., (2003). Ob. Cit. Pág. 45

Estudiando lo esgrimido por la jurisprudencia y la doctrina general, se pueden obtener conclusiones contradictorias. Principalmente, el punto de discrepancia queda establecido en cuanto a la regulación. Como se ha mencionado, para que un contrato sea típico, debe haber una regulación específica e integral. En este caso, la normativa existente solo regula una parte y, además, solamente es sobre la parte previa al contrato. No trata aspectos formales, ni derechos u obligaciones, tampoco brinda ningun tipo de seguridad jurídica (excepto para la fase previa al contrato de nuevo). Por ello, no se lo puede considerar plenamente típico. Teniendo en cuenta la poca regulación existente y las notables y considerables carencias, solamente se podría ofrecer la descripción de parcialmente típico. De cualquier modo, si bien ésta sería una consideración ajustada, en el caso de que la elección fuera binaria, la mejor elección sería definirlo como atípico ya que, de entre todos los puntos requeridos para considerarlo típico, el contrato de franquicia no cumple la mayoría de ellos.

2.3.3. Nominado

Un contrato nominado es aquel que se encuentre previsto en un ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se ha comentado anteriormente, el contrato de franquicia no tiene regulación legal completa. A pesar de ello, al tener cierto nivel regulatorio, sí que se encuentra explícitamente nominado, tanto en su propia ley como en otras. Si bien podría parecer que ambas características son ciertamente incompatibles, esta opción se basa en esta breve regulación. Así se pronuncia varias sentencias, siendo la más relevante la reproducida en la STS de 9 de marzo de 2009²², cuya doctrina es ampliamente reproducida²³.

2.3.4. Consensual

Un contrato consensual es aquel que se perfecciona únicamente mediante el acuerdo de las partes sobre los elementos del contrato. En este momento ya genera efectos jurídicos,

²² Sentencia núm. 145/2009 de 9 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo define como: “*la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal*”

²³ Algunas sentencias que para calificar como nominado el contrato de franquicia se remiten a la STS 145/2009, 9 de marzo de 2009 son: SAP Valencia 386/2020, 23 de septiembre de 2020. Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7 (civil), en su fundamento de derecho segundo, donde se realiza una valoración a este tipo de contrato, se reproduce la valoración de la sentencia de 9 de marzo de 2009. Por otro lado, la STSJ Comunidad de Madrid 20/2018, 24 de abril de 2018, en su fundamento de derecho tercero esgrime lo siguiente: “*porque al igual que sucede en otros países europeos, como en Francia, la franquicia aun siendo un contrato nominado, es un contrato atípico, por carecer de regulación legal.*”.

derechos y obligaciones para las partes del contrato. De este modo, al ser consensual, si la ley no establece ninguna otra formalidad adicional, pasa a ser no formal ya que no se requieren más exigencias que las ya comentadas.

Este tipo de contratos quedan regulados en el CC, en su artículo 1254.²⁴

A nivel del contrato de franquicia, existe unanimidad respecto a este punto ya que, ni en la legislación española ni en la europea se imponen requisitos de forma para la validez de este tipo de contrato. El punto clave para ejecutar este tipo de acuerdo es que, entre el franquiciado y franquiciador, haya un pacto sobre los distintos puntos, sobre todo en cuanto a los elementos esenciales del contrato.

Así lo consideran de manera unánime prestigiosos autores, por ejemplo, Martí Miravalls, Jaume (2009): “*consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento entre las partes, sin que sea necesario para su perfeccionamiento ningún otro requisito ulterior, por lo que también se trata de un contrato no formal, con lo que, en consecuencia, la forma escrita constituiría un requisito*”²⁵.

2.3.5. Oneroso

Los contratos onerosos son aquellos en que ambas partes se obligan a dar o hacer o algo a cambio de una contraprestación, que suele ser de carácter monetario. Estos contratos cuentan con varias características; la obligación es recíproca, una parte da algo a cambio de otra y en este caso, por un precio (un ejemplo es la compra-venta). Por otro lado, las partes tratan de obtener un beneficio mediante esta transacción.

En cuanto al contrato de franquicia, estas características se aprecian de diversas formas: “*El contrato de franquicia es un contrato oneroso, de prestación continuada por lo que está vinculado a un precio inicial (canon de entrada) y a la realización de una serie de pagos periódicos (canon de mantenimiento)*.”²⁶ En cuanto a la reciprocidad, por un lado, el franquiciador cede una marca y un negocio para explotar y, el franquiciado paga el cánón de entrada para hacer uso de ello. Además, el franquiciador ofrece servicios de

²⁴ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC, artículo 1254: “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*”

²⁵ Miravalls Martí, J. (2009). Ob. Cit. Pág. 1159

²⁶ Jiménez Mariscal, S. (2002). El contrato de franquicia: Clausulas más importantes de los contratos de franquicia. *SJ Mariscal & Asociados*. Pág. 6 <https://sjmariscal.com/wp-content/uploads/2020/08/El-contrato-de-Franquicia.pdf>

asistencia y formación continua y otros servicios duraderos en el tiempo, los cuales son pagados por la otra parte mediante los royalties periódicos (ya sean en cantidad fija o variable).

Por otro lado, al ser un negocio con ánimo de lucro, ambas partes pretenden obtener un beneficio de la otra. Por su lado, el franquiciador pretende ampliar su negocio para expandir la marca y, además, busca obtener más ingresos vía pagos periódicos. Por otro lado, el franquiciado, busca explotar una marca ya existente para poder obtener beneficios de la misma.

2.3.6. Interempresarial o de colaboración

Esto son contratos en que dos o más partes consideradas mercantiles (ya sea por ser sociedades o empresarios) colaboren en la realización de una actividad empresarial. En el contrato de franquicia, la colaboración consiste en que, el franquiciado expanda su negocio mediante la cesión de su marca a otros entes mercantiles para que estos lo exploten.

En el contrato de colaboración, más en concreto en el pacto de franquicia, ambas partes mantienen su autonomía respecto a la otra. Ambas tienen intereses propios, sin embargo, comparten un fin global y es que el negocio objeto del contrato de franquicia dé beneficios.

Por otro lado, franquiciado y franquiciador, asumen riesgos tanto individuales como colectivos respecto la otra parte, por lo que, una correcta colaboración es absolutamente esencial para que la relación funcione.

En esta relación, la colaboración, tiene ciertos matices ya que, si bien, como se ha comentado, existe un objetivo común, pero, los objetivos propios de las partes, pueden estar, en cierto modo, contrapuestos.

Cada una de las partes querrá obtener el mejor servicio de la otra y, a ser posible al menor coste, de este modo sus márgenes aumentan. Esta situación puede producir conflictos entre ambas. Además, en el caso del franquiciador, el servicio que ofrece en cuanto a su asistencia y formación es un coste para la propia compañía, con lo cual, pueden surgir conflictos respecto a ello. Es por este motivo que, es esencial que previa firma y, por

ende, eficacia del contrato, todas las cláusulas se hayan pactado de manera consensuada, ya que, de lo contrario, los conflictos pueden surgir lo cual puede desgastar la relación.²⁷

2.3.7. De confianza

Un contrato considerado de confianza es aquel en que la confianza mutua entre las partes desempeña un papel crucial para el funcionamiento del negocio. La dependencia profesional entre ambas es alta.

Como se ha mencionado, ambas partes comparten un interés común, pero, a su vez, también tienen algunos propios. Para la consecución de los mismos, es necesario que ambas partes no solo colaboren entre sí, sino que también deberán trabajar correctamente en sus funciones propias.

En el contrato de franquicia, la confianza es muy relevante, ya que si esta se pierde, por ejemplo, por un pleito entre las partes, puede generar una situación en que la relación sea insostenible. Por ello, como se mencionará posteriormente, los métodos alternativos de solución de conflictos pueden ser una buena solución para mantener esta confianza.

Esta confianza se pone de relieve en varios aspectos fundamentales en este tipo de negocio.

En este aspecto, la comunicación es fundamental, así lo destacan varios análisis: “*Communication between franchise partners is related to satisfaction through trust. In fact, communication is a major precursor of trust. Findings also show the direct influence of trust on satisfaction in both relationships. Developing satisfactory relationships between partners improves strategic and operational franchise outcomes*”. Esta comunicación fluida es muy efectiva para que la satisfacción por parte del franquiciado, sea más elevada ya que, cuando esto sucede, los resultados tienden a ser mejores, lo que beneficia a todas las partes del negocio.²⁸

La franquicia es un negocio en que durante el tiempo de vigencia del contrato puede haber cambio a pequeña o gran escala. Estos cambios no solo afectan a la estructura del franquiciador, sino también a todo el negocio que el franquiciado, pensaba que ejecutaría

²⁷ VAN THIENEN, P.A. (2011). “Contrato de franquicia. Red comercial. Pacto de exclusividad territorial y Competencia. Política de Over-stock y EBITDA garantizado: el caso Grimoldi.” CEDEF law & finance. Págs. 3-4 <https://www.cedeflaw.org/pdfs/2011125123038-87.pdf>

²⁸ FERNÁNDEZ-MONROY, M., MARTÍN-SANTANA, J., & GALVÁN-SÁNCHEZ, I. (2018). “Building successful franchise partnerships: the importance of communication and trust.” Management Decision, pp. 1051-1064

desde el inicio. Ante estas situaciones de cambio, es importante que la confianza entre ambas partes sea fuerte, sobre todo, desde el franquiciador. Su respuesta ante el cambio es muy importante para el contrato y por ello, debe confiar en que esta nueva situación propuesta por el franquiciado es la correcta.²⁹

2.3.8. De duración

Un contrato de duración determinada es aquél en que, en el momento de la firma del mismo, ya hay determinada una fecha de finalización del mismo. Es cierto que, el contrato puede prorrogarse o renovarse posterior a su finalización, sin embargo, inicialmente la fecha establecida es en la que el contrato finaliza.

En el contrato de franquicia, la duración del mismo es muy relevante. El periodo de vigencia debe ser lo suficientemente grande como para poder amortizar la inversión total que el franquiciador realiza. Según Brickley, Misra y Horn (2006): “*la duración de los contratos de franquicia está positivamente correlacionada con la inversión en capital físico y humano del franquiciado, lo que indica que mayores inversiones en estos activos tienden a resultar en contratos más largos.*”³⁰.

Habitualmente, las franquicias con más experiencia tienden a ofrecer contratos de mayor duración a sus franquiciadores, la inversión a un plazo más largo permite a las partes a efectuar un mayor trabajo y rendimiento. Sin embargo, aunque la duración pueda diferir según el tipo de negocio, sigue habiendo una finalización preestablecida.

Habitualmente, el periodo acordado suele oscilar entre los 5 y 10 años para garantizar lo anteriormente mencionado.³¹

Otra posibilidad es que el contrato se formalice como indefinido, sin embargo, esta opción no suele valorarse, debido a que el riesgo para ambas partes aumenta considerablemente. Cuando se estipula de este modo, se suele pactar una cláusula mediante la cual cualquiera de las partes de forma unilateral pueda terminar el contrato pasado un cierto periodo y avisando con la suficiente antelación.

²⁹ CROONEN, E. (2008). Trust and Fairness in Franchise Relationships. En HENDRIKSE, G., TUUNANEN, M., WINDSPERGER, J., CLIQUET, G. Strategy and Governance of Networks. Contributions to Management Science. Physica. pp. 183-203

³⁰ BRICKLEY, J. A., MISRA, S., & HORN, R. L. (2006). "Contract Duration: Evidence from Franchising." The Journal of Law and Economics. Vol. 49. Págs. 173-196.

³¹ PUCHADES, D., ¿Cuánto dura el contrato de una franquicia? (2019). Franquicy. <https://franquicy.com/cuanto-dura-el-contrato-de-una-franquicia.html>; DELVY, Contrato de franquicia: los imprescindibles. Delvy. <https://delvy.es/contrato-de-franquicia/>

2.4. Elementos esenciales del contrato

El contrato de franquicia, como se ha mencionado anteriormente, goza de cierto nivel de regulación. En ésta, se define habitualmente lo que es este tipo de contrato y en estas definiciones, se esgrimen (en casi todas ellas) ciertos aspectos que el contrato de franquicia debe al menos contener. Sin estos elementos el contrato sería nulo y la actividad nunca se habría llevado a cabo³². Estos tres aspectos o elementos esenciales son los siguientes y se incluyen en el ya nombrado artículo 3 b) del reglamento 4087/1999 de la CE:

1. Cesión por parte del franquiciador al franquiciado de la marca, en todos sus elementos (rótulo, nombre, presentación de local, vehículo, etc...)
2. Comunicación y formación del know-how del modelo de negocio
3. Prestación continua del franquiciado al franquiciador de asistencia comercial y técnica durante la vigencia del contrato.

El propio artículo es muy explícito y deja muy claro que el contrato debe contener, al menos, estos elementos, por lo cual se puede concluir que son esenciales.

Esta misma interpretación es realizada por gran cantidad de autores y jurisprudencia. Por ejemplo, la web “consulta franquicias” esgrime que: “*el contenido esencial del contrato de franquicia viene determinado por tres elementos que caracterizan a la franquicia y sirven para diferenciarla de otras figuras afines: MARCA: Se produce una cesión de la marca al franquiciado. El uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato. KNOW-HOW: La transmisión al franquiciado de un Know-How (o conjunto de conocimientos o procesos prácticos verificados por el franquiciador y fruto de su experiencia). APOYO CONTINUADO: La prestación continua por el franquiciador de asistencia comercial y técnica durante la vigencia del acuerdo de franquicia.*”³³.

³² BARREÑADA, M.J., “Nulidad de un contrato de franquicia”, disponible en <https://are2abogados.com/> (consultado el 6 de febrero de 2024); DCS ABOGADOS, “Todo lo que debe saber sobre la nulidad contractual”, disponible en <https://dcsabogados.com/> (consultado el 6 de febrero de 2024)

³³ CONSULTA FRANQUICIAS, “Descubre los aspectos esenciales que debe regular el contrato de franquicia y sus 4 apartados fundamentales”, disponible en <https://consultafranquicias.es/> (consultado el 15 de febrero de 2024)

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, se observa gran cantidad de sentencias que enumeran estos mismos elementos esenciales para este tipo de contrato.³⁴

Es importante recalcar que la falta de transmisión u omisión de estos elementos en la relación jurídica, supone la nulidad del contrato por falta de objeto del mismo³⁵. La nulidad surge cuando, precisamente, no se dan los elementos esenciales de un contrato, ya sea por falta o vicio en el objeto, causa o consentimiento. Si esto sucede, se estaría contraviniendo el artículo 1261 del CC español que, como bien indica, ante la falta de uno de estos elementos, no hay contrato. Así lo indica la Audiencia Provincial de Asturias donde se indica explícitamente que la falta de transmisión de estos derechos, conduce a la nulidad por falta de objeto³⁶.

2.4.1. Cesión de la marca

La marca como elemento esencial del contrato de franquicia es, el punto más importante de toda la relación. Una marca no es solamente un logotipo, es mucho más que eso. Según la OEPM³⁷: “*la marca es un signo distintivo. Su función es la de diferenciar e individualizar en el mercado unos productos o servicios de otros productos o servicios idénticos o similares, así como identificar su origen empresarial. Por tanto, sirve de indicador de calidad y como medio de promoción de ventas*”. Siguiendo esta descripción, la marca es lo que va a distinguir un producto o servicio de otro. La marca es, por ende, la propia imagen de una empresa y es lo que va a definir lo que un cliente o potencial cliente piense de la misma.

³⁴ Sentencia núm. 221/2017, de 12 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Burgos, proveniente del Juicio Ordinario núm. 364/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, describe que: “*Por lo expuesto los elementos esenciales del contrato de franquicia son: a) la cesión o licencia de elementos de propiedad industrial (signos distintivos como marcas, rótulos de establecimiento, nombre comercial) para comercializar productos o servicios creando una imagen uniforme de cadena comercial; b) la transmisión de un saber hacer (“know how”) del franquiciado, es decir el conjunto de conocimientos o técnicas precisos para la comercialización uniforme del producto, saber hacer que debe ser propio del franquiciador, singular, y útil para el franquiciado ; c) La prestación continuada por el franquiciador de asistencia técnica o comercial que permitan al franquiciado desarrollar la actividad comercial objeto de la franquicia*”

³⁵ DCS ABOGADOS, “Todo lo que debe saber sobre la nulidad contractual”, disponible en <https://desabogados.com/> (consultado el 15 de febrero de 2024)

³⁶ Sentencia núm. 2001/106 de 22 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Asturias, proveniente del recurso de apelación 688/1999, donde en su fundamento de derecho segundo expresa: “*Siendo esto así la falta de transmisión de un derecho de esta clase debe conducir a la declaración de nulidad del contrato por falta de objeto, pues nadie puede transmitir lo que no tiene o sobre lo que carece de poder de disposición*”

³⁷OEPM. (2023). *¿Qué es una marca?* OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS <https://www.oepm.es/es/marcas-y-nombres-comerciales/como-proteger-las-marcas-y-nombres-comerciales/conceptos-basicos/que-es-una-marca/>

Una vez se conoce qué se entiende por marca, es importante atender a lo que incluye la obligación en sí misma, en otras palabras, que se encuentra dentro del concepto de marca y se debe entregar al franquiciado. El Tribunal Supremo en sentencia de 1997 define con claridad y de forma muy completa todo lo que incluye la obligación de cesión de marca: rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación, actividad comercial, etc., siempre bajo ciertas restricciones del franquiciador³⁸. Además, se explica que es un contrato temporal, en un territorio preestablecido y que el franquiciado paga un canon por la explotación de esta marca.

Un punto importante al respecto sobre el cual hay cierta discrepancia es la necesidad de registro de la marca para constituir la franquicia. Por un lado, varios sitios web especializados en derecho, opinan que, en efecto, la marca debe estar registrada para iniciar el negocio: “*Es necesario registrar la marca por parte de la franquicia cumpliendo unos trámites legales y burocráticos. Esto valida el valor de exclusividad que proporciona la marca*” o “*El primer paso que hay que dar es registrar la marca en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), un trámite que ya se puede hacer vía online*”³⁹.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial, la doctrina establece un fundamento ciertamente distinto. A diferencia de los sitios webs enumerados, la Audiencia Provincial de Barcelona en una sentencia, establece que pese a no haber registro de la marca, ello no comporta que la marca no exista, por ello, si el franquiciado puede hacer uso de la misma, no se contradice la obligación⁴⁰.

Otra sentencia relevante para este aspecto que y es de gran relevancia es la ofrecida por la Audiencia Provincial de Asturias la cual se pronuncia al respecto del punto anterior y, además trata otro aspecto muy importante. En primer lugar, con respecto a la necesidad registral de la marca, fundamenta que la inscripción previa de una marca por parte del franquiciador, no es elemento esencial del contrato ya que se puede seguir explotando el negocio. Por otro lado, trata el aspecto de la necesidad de poder de disposición de la marca

³⁸ Sentencia núm. 164/1997 de 4 de marzo de 1997 de la sala de lo civil del Tribunal Supremo.

³⁹ ECONOMIA3, “Pasos legales para franquiciar tu marca”, disponible en <https://economia3.com/> (consultado el 12 de febrero de 2024); BEFRANQUICIA, “Registro de marca para franquicias”, disponible en <https://www.befranquicia.com/> (consultado el 12 de febrero de 2024); PARALELOESTUDIO, “Cómo crear una franquicia de tu marca: Una guía paso a paso”, disponible en: <https://paraleloestudio.com/> (consultado el 12 de febrero de 2024)

⁴⁰ Sentencia 686/1999 de 10 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona, proveniente del Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 951/96 del Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona.

por el franquiciador y las implicaciones de que el registro de la marca sea denegado. En este caso, debido a que el registro de la marca en el registro correspondiente fue denegado por su similitud con otra marca ya inscrita con anterioridad, la franquiciadora no tenía poder de disposición de la marca. De este modo, atendiendo a la regulación europea, no se puede transmitir algo sobre lo que no se tiene disposición y por ello, al haber un error en la transmisión de la marca, se está contraviniendo un elemento esencial del contrato, así, anulándolo⁴¹.

2.4.2. Formación del know-how

Definir el know-how no es tarea sencilla. Esto es debido a que lo que se considera “saber hacer” es muy variable dependiendo de las empresas. Gran variedad de autores y profesionales del mundo del derecho lo han definido como: “*aquel en el que una parte se obliga a comunicar a otra sus conocimientos secretos sustanciales e identificados para que esta última los utilice*” (Chamorro Domínguez, M^a., 2011)⁴². Otros autores lo describen como: “*un contrato que trata sobre un saber (técnico, comercial, económico) no protegido por derechos de tutela industriales, usualmente mantenido como secreto, y cuya explotación le permite al beneficiario no sólo la producción y la venta de objetos sino también otras actividades empresariales*” (Stumpf, H. 1984)⁴³

Por otro lado, en cuanto a la doctrina jurisprudencial, también se encuentran definiciones que permiten dar luz a un término complicado de definir. La Dirección General de los Registros y del Notario, describe ciertas características del know-how: “*i) Tiene naturaleza patrimonial. ii) Su aportación a la Sociedad va a incrementar sustancialmente las ganancias de la Sociedad. iii) Es susceptible de ser inscrito en el balance. iv) Puede ser valorado económicoamente de acuerdo con criterios objetivos. v) Puede ser enajenado o negociado. vi) Puede ser objeto de un contrato de cambio. vii) Es susceptible de apropiación y, en consecuencia, de ser convertido en dinero y apto para producir una ganancia.*”. Con todo ello se resuelve que este conocimiento puede ser aportado como activo de una empresa. Además de aportar estas características que facilitan el entendimiento de una figura tan relevante para esta investigación, esta resolución da una de las mejores definiciones de lo que se puede considerar el know-how: “*El know-how consistente en la información técnica necesaria para diseñar, fabricar, emplear,*

⁴¹ Sentencia núm. 16/2001, de 22de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Asturias

⁴² Chamorro Domínguez, M^a. (2011). Ob. Cit. Pág. 2

⁴³ Stumpf, H. (1984). Ob. Cit. Pág. 12

mantener o comercializar productos o sus elementos que permiten lograr el proyecto específico. Dicho saber se mantiene en secreto, al igual que el modelo de negocio necesario para la constitución, desarrollo y comercialización”

Otra sentencia interesante en que se trata de definir

Por último, en cuanto a la legislación, el reglamento 4087/88 de la CE, se encarga de definir a este contrato como: “*un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado*”⁴⁴.

2.4.2.1. Marco legal del know-how

A nivel europeo, el know-how queda regulado (de forma indirecta), en dos regulaciones distintas; en primer lugar en el Reglamento de la Comisión 316/2014⁴⁵, en el cual se aborda el tratamiento los acuerdos relaciones con la transferencia de tecnología, en donde se incluye el know-how.

Por otro lado, la directiva 216/943⁴⁶, la cual trata de proteger la información empresarial que contiene un cierto valor comercial para la empresa. En esta directiva se considera lo siguiente: “*Las empresas, así como los organismos de investigación de carácter no comercial, invierten en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (know how) e información, que son la moneda de cambio de la economía del conocimiento y proporcionan una ventaja competitiva*”. El know-how queda incluido dentro de los secretos comerciales protegidos por la directiva. Esta directiva se transpone en el estado español mediante la ley de secretos empresariales⁴⁷.

2.4.2.2 Características

Por otro lado, para poder identificar un correcto know-how y así, tenga la consideración del mismo, este saber hacer debe cumplir una serie de características. Algunas de ellas ya se han mencionado en el propio reglamento 4087/88 que expone que debe ser: secreto, substancial e identificado. En ese mismo sentido, ratifica en sentencia el tribunal supremo

⁴⁴ La definición se encuentra el artículo 1.3, apartado f) del reglamento 4087/88.

⁴⁵ REGLAMENTO (UE) No 316/2014 DE LA COMISIÓN de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología

⁴⁶ DIRECTIVA (UE) 2016/943 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas

⁴⁷ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales

la información del reglamento indicando que son notas que lo caracterizan: el secreto (en otras palabras, que sea difícil de acceder a él, lo que genera cierta ventaja en el tiempo), su substancialidad o utilidad a nivel competitivo y su fácil identificación que le añade un valor patrimonial⁴⁸.

Cabe añadir además de estas notas características, que el know-how, sobre todo aplicado al contrato de franquicia debe contar con otras características relevantes: en primer lugar, debe ser transferible, en otras palabras, debe poder enseñarse a los empleados de la franquiciadora para que éstos sean capaces de ejecutarlo correctamente. Esta transferibilidad se consigue mediante el manual operativo y una rigurosa formación. Este saber hacer no debe estar patentado y debe encontrarse en un constante desarrollo, es necesario que se vaya adaptando a nuevas realidades en los mercados.⁴⁹

2.4.2.3. Know-How dentro del contrato de franquicia

El conocimiento del know-how al ser un elemento esencial del contrato de franquicia, es una obligación elemental por parte del franquiciador. La formación y entrega del know-how es la contrapartida por el pago del canon de entrada⁵⁰

Sin embargo, cabe recalcar que, pese a ser una obligación del franquiciador, éste, también queda resguardado de que este saber hacer se mantenga en secreto durante y después de la terminación del contrato. Ello se consigue mediante dos vías: las cláusulas de confidencialidad y las de no-competencia⁵¹.

En cuanto a la transmisión de este conocimiento se realiza por dos vías: “*mediante la entrega del manual operativo de la franquicia y la prestación de la asistencia inicial prevista en el contrato a tal fin... mediante la entrega de los correspondientes soportes materiales conteniendo los métodos de venta y promoción, de contabilidad, de planificación financiera y control de gastos e inversiones, de formación del personal, de publicidad, etc., sin perjuicio de las eventuales transmisiones verbales o por cualquiera otros medios adicionales y complementarias al respecto, así como las especificaciones*

⁴⁸ Sentencia núm. 754/2005 de 21 de octubre de 2005 de la sala de lo civil, sección 1^a del Tribunal Supremo

⁴⁹ Alfaro Rodríguez, M.V. (2013). Ob. Cit. Págs. 29-30

⁵⁰ Sentencia núm. 254/2020 de 4 de junio de 2020 de la sala primera de lo civil del Tribunal Supremo, describe que: “*Por ello hay que entender que entre la prestación (transferencia del know how y prestaciones complementarias -formación-) y la contraprestación (canon de entrada en la franquicia) hay reciprocidad.*”

⁵¹ Las cláusulas de confidencialidad suponen un pacto por el que el receptor del know-how no puede hacer público el mismo. Por otro lado, las cláusulas de no-competencia obligan al franquiciado a no utilizar el know-how aprendido en la franquicia en otros negocios durante y después de la vigencia del contrato.

para la implantación y conformación del establecimiento.” (Carbajo Vasco, D., Díaz Echegaray, J.L., Díaz-Echegaray López, M. 2018)⁵². En el manual de franquicia debe quedar plasmada toda la información relativa al funcionamiento del negocio. Este manual facilita el entendimiento del negocio y siempre se puede consultar ante cualquier duda. Es importante recalcar que, una vez termina la vigencia del contrato, este manual de operaciones debe ser devuelto a la franquiciadora.

2.4.3. Asistencia técnica y comercial

La asistencia técnica y comercial, como elemento esencial del contrato, representa uno de los pilares fundamentales de la relación. Esta es una obligación bilateral, debe haber por tanto: “*una asistencia permanente por parte del franquiciador, a cambio de una remuneración por parte del franquiciado*”⁵³. Esta ayuda se produce de modo que no haya grandes problemas en la operativa diaria del franquiciado ni desviaciones. Además, por parte del franquiciado, debe seguir las indicaciones que se le ofrecen

Esta asistencia se realiza durante la vigencia de todo el contrato, no solo se trata de dar la formación inicial: “*el franquiciador se encuentra obligado a prestar orientación y asesoramiento continuo o asistencia técnica y comercial al franquiciado, tanto en el momento genético de la relación como durante toda la vigencia del contrato en orden a la conservación del valor patrimonial del negocio concedido*” (Carbajo Vasco, D., Díaz Echegaray, J.L., Díaz-Echegaray López, M. 2018)⁵⁴. Asimismo, para que se dé un incumplimiento de esta obligación, ésta debe ser reiterada⁵⁵. Por último, esta obligación, como se podrá ver posteriormente, no solo se produce con la vigencia del propio contrato, sino que lo hace incluso antes: “*se iniciará con carácter precontractual en tanto el franquiciador promoverá todo tipo de acciones y apoyos al franquiciado de cara a la apertura e instalación de la nueva unidad de negocio (búsqueda de locales, formación inicial, asesoramiento en la contratación de personal, campañas de lanzamiento...)*” (Teva Villén, M.R, Pérez González, B. 2021)⁵⁶.

⁵² Carbajo Vasco, D., Díaz Echegaray, J.L., Díaz-Echegaray López, M. (2018). Ob. Cit. Págs. 103-104

⁵³ Sequeira Martín, A., Roncero Sánchez, A., Martín Cerdeño, V.J., (2003). Ob. Cit. Pág. 42

⁵⁴ Carbajo Vasco, D., Díaz Echegaray, J.L., Díaz-Echegaray López, M. (2018). Ob. Cit. Pág. 107

⁵⁵ Sentencia núm. 357/2017, de 24 de julio de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, proveniente del Juicio Ordinario núm. 517/2016, describe el incumplimiento: “*El deficiente funcionamiento de las máquinas por mala asistencia técnica constituye elemento esencial del contrato cuyo incumplimiento por lo prolongado en el tiempo y reiteración acreditada justifica la resolución contractual.*”

⁵⁶ Teva Villén, M.R, Pérez González, B. (2021). Ob. Cit. Pág. 25

Podría asimilarse e incluso, confundirse con la formación en el know-how, sin embargo, existen algunas pequeñas diferencias. Si bien es cierto que en ambos casos hay una transferencia de conocimiento y/o habilidades para llevar a cabo el negocio, el foco es distinto. En cuanto a la formación en el know-how, como se ha comentado anteriormente, el objetivo es capacitar al franquiciado para replicar el modelo negocio concreto (con la operativa de su marca). En otras palabras, es un conocimiento más fundamental, una transferencia de experiencia y prácticas exitosas. Por otro lado, la asistencia técnica y comercial, tiene por objetivo que las operaciones diarias de la franquicia sean regulares y sigan una línea positiva.

Esta asistencia abarca varias funciones o departamentos del negocio. Entre algunas de las principales áreas o niveles en que el franquiciador ofrece su soporte y ayuda son: soporte operacional, investigación de mercados, sistemas informáticos, marketing (publicidad en general), captación y retención de clientes, decoración de locales, gestión de la cadena de suministros o asesoría legal, entre otras:⁵⁷

- **Soporte operacional:** mediante la ayuda y soporte en las actuaciones diarias de la empresa, los franquiciados son capaces de sobreponerse a adversidades que encuentran durante el proceso de ejecución del negocio. De este modo, se mantienen los estándares exigidos por la franquiciadora
- **Marketing:** El marketing a gran escala de la franquicia lo realiza el franquiciador y, por ello, el franquiciado se aprovecha de estas estrategias de publicidad. Además, a nivel local, donde el encargado es el franquiciado, la otra parte le ofrece consejos y herramientas para gestionar la forma de publicitar la marca.
- **Gestión de la cadena de suministros:** este es uno de los aspectos más esenciales de esta tipología de contrato. Trata de cómo se asegura que los productos necesarios para llevar a cabo el negocio se encuentren disponibles para la puesta en venta. Una gran parte de los conflictos que surgen en la relación contractual tratan sobre el incumplimiento de esta obligación.

⁵⁷YNESTROZA LOPEZ, D., “Segunda etapa de asistencia para el franquiciado”, disponible en <http://www.franquician.com/>; Teva Villén, M.R, Pérez González, B. (2021). Ob. Cit. Pág. 25; Sentencia núm. 357/2011, de 9 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, proveniente del Juicio Ordinario núm. 319/2011

3. Principales causas de conflicto surgidas del contrato de franquicia

El contrato de franquicia es un acuerdo en que los intereses de dos partes (franquiciado y franquiciador) se conjuntan para obtener un beneficio. Sin embargo, los conflictos pueden surgir por una gran cantidad de casuísticas. El contrato de franquicia establece una serie de derechos y obligaciones para ambas partes y, cuando una de ellas no cumple lo pactado, los problemas pueden empezar a surgir. Algunos de estos conflictos surgen por la forma de actuar del franquiciador y otras por parte del franquiciado.

Para determinar cuáles son los conflictos más frecuentes en relaciones de franquicia, se seguirá un proceso flexible. Se procede a cotejar la información obtenida desde diferentes bases de datos, informes y organismos.⁵⁸

Por último, previo análisis de las distintas causas, es importante destacar que, no se tomará en cuenta el veredicto final de las sentencias para considerar una causa como significativa. El criterio que se empleará será el número de conflictos generados por el presunto incumplimiento de la obligación. Esto se debe a que lo realmente relevante es comprender cómo surge el conflicto, las razones detrás del mismo, las posturas de cada parte y sus respectivos intereses.

3.1. Falta de objeto o transmisión del Know-How

Como se ha mencionado en puntos anteriores, la transmisión del Know-How es considerada uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia. La falta de este elemento del contrato es un incumplimiento muy grave, incluso, pudiendo considerarse nulo.

Este conflicto sucede principalmente en cuatro situaciones: la primera es la no recepción de la información desde el inicio mediante el manual de operaciones y la formación al respecto. Por otro lado, este know-how ha de cumplir las características trabajadas anteriormente y, en el caso de que estas no se cumplan, también se trataría de un incumplimiento del franquiciador. Otra posibilidad es que, ante posibles actualizaciones que suceden durante la vigencia del contrato, el franquiciador no comunique y forme a su franquiciado al respecto.⁵⁹

⁵⁸ Los estudios utilizados en las siguientes citas serán los analizados para determinar las causes a trabajar en la presente investigación.

⁵⁹ Pérez Martell R. (2006). Ob. Cit. Pág.42-48

En cuanto al primer caso, amplia es a la doctrina jurisprudencial, por ejemplo, el conflicto con la franquicia Fun-Science, negocio relacionado con la educación infantil. El know-how transmitido servía para enseñar a niños entre cuatro y doce años conocimientos científicos. La franquiciada argumentaba que, la parte del saber hacer correspondiente a la franja de entre cuatro y cinco años no era adecuada. Al respecto, el tribunal explica que pese a que el incumplimiento no fuese respecto a la totalidad del know-how, al ser incorrecto parte del mismo, el incumplimiento es esencial⁶⁰. De aquí se extrae que, se debe cumplir la totalidad del objeto respecto a este elemento del contrato, ya que de lo contrario y, como sucede en este caso, se puede anular el mismo.

En el caso sobre la franquicia denominada “New Mascota”, marca de tienda de alimentos y complementos para mascotas, se discute sobre la transmisión del know-how en el seno de las características que éste debe cumplir para considerarse válido. La parte franquiciada argumentaba que el conocimiento transmitido era una copia del de otras empresas, lo cual no tenía validez. El tribunal ofrece las características que el know-how debe contener (tales como su singularidad, sustancialidad o exclusividad). En este caso, se estima que el hecho de ser un know-how relativamente genérico, el franquiciado incumplía parte de sus obligaciones⁶¹.

3.2. Falta de Asistencia técnica y comercial

En el contexto del contrato, esta es una de las causas más habituales de conflicto. Como se ha mencionado, formar y dar soporte al franquiciado es esencial para el correcto desarrollo del negocio.

Sin embargo, existe la posibilidad de que, una vez empezado el negocio del contrato, el franquiciador se “olvide” de su contraparte y no le preste la atención necesaria. Según un estudio realizado por Barbadillo Asociados⁶², se determina que en cuanto al apoyo antes

⁶⁰ Sentencia núm. 104/2008, de 26 de febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, proveniente del Juicio Ordinario núm. 100/2004 del Juzgado primera instancia nº47 de Madrid, en su fundamento jurídico cuarto, esgrime: “*No siendo de recibo la tesis del apelante que acude a un concepto numérico o matemático para concluir que, siendo la franja de edad de los niños de 4 a 12 años, dado que sólo se incumplió respecto de los niños de 4 y 5 se ha cumplido respecto de los niños de 6 a 12 por lo que se trataría de un incumplimiento parcial y mínimo. Lo cierto es que el incumplimiento respecto de los niños de 4 y 5 años es esencial, frustrándose las legítimas expectativas de la otra parte contratante*”

⁶¹ Sentencia núm. 221/2017, de 12 de abril de 2017 de la Audiencia Provincial de Burgos, proveniente del Juicio Ordinario núm. 354/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Burgos.

⁶² Barbadillo Asociados. (2014). “*2º ESTUDIO DE SATISFACCIÓN DEL FRANQUICIADO*”. En este estudio se analiza cómo se toma la decisión de emprender en una franquicia, como es la elección del sector, la inversión y la formación y apoyo anterior a la firma del contrato. En el segundo apartado del trabajo se trata la fase posterior a la firma del mismo. En este caso se analiza el grado de satisfacción del franquiciado

de la firma del contrato, es relativamente alto, siendo solo el 10% de los encuestados quienes se sienten poco apoyados, mientras que más del 65% sienten un apoyo considerable. Por otro lado, en cuanto al inicio de la relación contractual, el 17% siente que el apoyo es escaso y, en este punto, la mayoría de opiniones se concentran en que la atención es aceptable.

A nivel jurisprudencial, existe una gran cantidad de sentencias respecto a este tipo de incumplimiento. En primer lugar, en el pleito producido por la franquicia de “Mamanoel España SA”, se pone en tela de juicio la asistencia y soporte ofrecido por la franquiciadora. En este caso, el franquiciado expresa que la asistencia técnica prometida y ofrecida posteriormente fue insuficiente. En este caso, incluso, el tribunal esgrime que el incumplimiento fue tal, que terminó pareciendo que la franquiciada acabase realizando tareas del franquiciador en cuanto al estudio del mercado.⁶³

Por otro lado, en el caso de la franquicia “TODO 1 EURO”, franquicia cuyo negocio es la restauración rápida, se produjo un pleito sobre la adecuada transmisión del know-how y la insuficiente asistencia técnica y comercial ofrecida por el franquiciador. La fundamentación de la parte franquiciada y del propio tribunal se basada en tres puntos: la insuficiente formación, el pobre soporte y supervisión y la no respuesta a las reiteradas solicitudes de ayuda.⁶⁴

3.3. Vicios en el consentimiento por información precontractual no veraz

Este tipo de causa de conflicto ya no atañe a un elemento esencial del contrato, sin embargo, corresponde a la única parte regulada de la franquicia.

La problemática surgida puede suceder por varias ramas, según el estudio formulado por la AEF en 2021⁶⁵: en primer lugar sobre vicios en el consentimiento en general, también por no haber recibido una información de manera completa que, de haber obtenido, hubiera cambiado su decisión de iniciar el proyecto y, por último, sobre diferencias

respecto al apoyo del franquiciador, cómo son los pagos en royalties, sugerencias que puedan realizar o las actividades de marketing que el franquiciador realiza.

⁶³ Sentencia núm. 1024/1993, de 21 de mayo de 1993 de la Audiencia Provincial de Valencia, proveniente del Rollo de Apelación núm. 794/1991 del Juzgado de primera instancia nº 2 de Las Valencia

⁶⁴ Sentencia núm. 389/2018, de 18 de junio de 2018 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, proveniente del Juicio Ordinario núm. 642/2012 del Juzgado de primera instancia nº 9 de Las Palmas, en su fundamento jurídico tercero describe que: “*por parte del franquiciador no se trasmitió una metodología adecuada de trabajo, ya que la formación inicial fue insuficiente y desde las primeras comunicaciones se puso de relieve que el franquiciado desconocía aspectos tan fundamentales como las cantidades del producto que debía de poner.*”

⁶⁵ Comité de Expertos Jurídicos de la AEF (2021). Ob. Cit. Pág. 13

significativas respecto los resultados previstos por la franquiciadora y los finalmente obtenidos.

A nivel jurisprudencial, existe un caso con la reconocida marca de restauración rápida “Foster’s Hollywood” que es muy explicativo de la situación mencionada. El conflicto se sitúa en Ávila, lugar donde un franquiciado inició su proyecto de negocio. En este caso, el franquiciado solicitó la resolución del contrato al tribunal por incumplimientos del franquiciado, quién contestó alegando que la información precontractual ofrecida no había sido veraz. El tribunal se pronuncia al respecto explicando la importancia de proporcionar información precontractual veraz, no falseando las expectativas u omitir datos que puedan sesgar la decisión del franquiciado, ya que ello, es un incumplimiento grave. En este caso, al facilitarse información no verificable y simple, se decide resolver el contrato.⁶⁶

3.4. Incumplimiento en la zona de exclusividad

Mediante el pacto de zona de exclusividad, se le permite al franquiciado desarrollar su negocio con la garantía de no generar un cierto canibalismo contra otros negocios de la misma marca.

Este conflicto puede venir generado por la parte franquiciada (si realiza actividades activas de captación de clientes en zonas de otro franquiciado) y por el franquiciador (si éste otorga a otro comerciante su franquicia en la zona exclusiva de un franquiciado anterior).

En cuanto a esta restricción y obligación, se encuentran varios puntos conexos con el contrato de concesión mercantil, definiéndose como: “*Contrato de concesión es aquel por el cual una empresa (concesionario) se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro (concedente), y a prestar a los adquirentes de éstos productos determinada asistencia*”. Además, la concesión se produce en un territorio determinado⁶⁷. Ambos contratos tratan relaciones verticales, lo que significa que las partes del contrato están en distintos niveles en la distribución.

Por otro lado, ambos tipos de relación tienen un objeto similar pues en uno se cede una marca completa y en el otro, productos, además, en las dos relaciones contractuales se

⁶⁶ Sentencia núm. 578/2015, de 8 de abril de 2015 del Juzgado de Primeras Instancia nº 4 de Ávila

⁶⁷ Díez Estella, F. (2022). Temario Dº Mercantil II: Tema 8. Los contratos de distribución. *Universidad Villanueva. Pág. 79. https://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil/tema_08.pdf*

otorga un territorio exclusivo para operar. Mediante cláusulas de competencia territorial, no se permite que otros franquiciados o concesionarios intervengan en esos territorios. En los dos contratos, este tipo de cláusulas de exclusividad se rigen por el reglamento 330/2010 europeo que permite estos pactos.

El tribunal supremo en sentencia de 2012 aclara la importancia de este pacto en la relación de las partes del contrato, no solamente a nivel de las implicaciones económicas del incumplimiento, sino, sobre todo, respecto al menoscabo en la confianza de las partes por esta deslealtad, lo que se considera un incumplimiento esencial de este contrato por ser de ejecución continuada, llevando a la resolución del mismo.⁶⁸.

3.5. Falta de pago de royalties

Durante la relación contractual, el franquiciador, como se ha mencionado en anteriores apartados, brinda una asistencia a varios niveles hacia su franquiciado. Como contraprestación por estos servicios, el franquiciado debe hacer frente a una serie de pagos periódicos, los royalties. El royalty puede pagarse en base a varias magnitudes: “*puede ser porcentual sobre compras o, lo que es más común, sobre ventas. También puede tener un importe fijo o una combinación entre fijo y porcentaje.*” (Vallhonrat, X., 2010).⁶⁹ Este pago se realiza tanto por la asistencia técnica, como por la comercial y el resto de formación continuada.

En la gran parte de los litigios en que la franquiciadora alega su contraparte en el contrato no ha pagado sus obligaciones en cuanto a los royalties, la franquiciada suele alegar incumplimientos de la otra parte. De este modo se genera una situación en que se debe evaluar si realmente hubo un previo incumplimiento.

Interesante es el caso de la franquicia NF Nails in Vogue S.L., mediante el cual se desarrollaba un negocio relacionado con el sector de la belleza. El pleito gira en torno al impago de royalties de la franquiciada, quien, a su vez, argumenta incumplimientos por parte del franquiciador en cuanto al soporte que este ofrecía. Sin embargo, ante la falta de prueba de los presuntos incumplimientos de la parte franquiciadora, el fallo fue el pago de la cantidad adeudada.⁷⁰

⁶⁸ Sentencia núm. 532/2012, de 30 de julio de 2012 de la sala primera (civil) del Tribunal Supremo

⁶⁹ Vallhonrat, X., (2010). Ob. Cit. Pág. 17

⁷⁰ Sentencia núm. 404/2016, de 19 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, proveniente del Juicio Verbal núm. 420/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid.

3.6. Vulneración de la cláusula de no competencia

Este tipo de cláusulas suelen incluirse y quedar pactadas en el contrato de franquicia. Se trata de que, una vez ha finalizado el contrato, el franquiciado no continúe desarrollando la misma actividad que venía ejerciendo. Esta obligación se fundamenta en la normativa europea la cual pretende proteger la propiedad industrial e intelectual del franquiciador.⁷¹

El incumplimiento de esta obligación puede producirse en dos situaciones distintas: la primera es que, finalizado el periodo de vigencia del contrato, se siga utilizando la marca de la franquicia, y el segundo es que, después de un incumplimiento del franquiciado que propicie la resolución del contrato, éste siga usando la marca.

Cabe recalcar que existe un requisito para solicitar el cese: “*que no exista incumplimiento previo del franquiciador para que este pueda exigir el cumplimiento del franquiciado de su obligación de no competencia post-contractual*”.⁷²

El conflicto de la franquicia Global Tendence S.L. es un muy buen ejemplo de toda la información descrita. En este caso, el franquiciado rescinde el contrato de manera unilateral por continuos incumplimientos de la franquiciadora. Ante ello, se alega que la franquiciada sigue utilizando su marca, violándose así la cláusula de no competencia. En primer lugar, el tribunal afirma que una vez la franquiciada termina el contrato unilateralmente sigue haciendo uso de la marca contraviniendo la cláusula establecida. Sin embargo, posteriormente, explica que, la franquiciadora no puede exigir este cumplimiento puesto que previamente había incumplido sus obligaciones, llevando a la resolución del contrato.⁷³

⁷¹ Artículo 3 apartado c) del Reglamento Europeo 4087/88: “*El artículo 1 se aplicará sin perjuicio de cualquiera de las obligaciones siguientes, impuestas al franquiciado, en la medida en que sean necesarias para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada... 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; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del contrato, por un período razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la franquicia*”.

⁷² Comité de Expertos Jurídicos de la AEF (2021). Ob. Cit. Pág. 15

⁷³ Sentencia núm. 231/2016, de 31 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Lugo, proveniente del Juicio Ordinario núm. 356/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Monforte de Lemos, comenta en su fundamento jurídico primero que: “*la franquiciadora demandante no puede exigir el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que ésta no ha prestado debida asistencia comercial a la demandada, tratándose de una obligación esencial*”

3.7. Comercialización de productos no autorizados u homologados

Esta obligación por parte del franquiciado es muy habitual en este tipo de contratos. Mediante este pacto: “*el franquiciado puede obligarse al aprovisionamiento exclusivo de materias primas, productos o bienes de equipo por el franquiciador, o proveedores autorizados por él, para mantener la imagen común y el prestigio de la red de franquicia.* (Domingo et al., 2018)”⁷⁴.

Aquí se encuentra la fundamentación para que este tipo de cláusulas estén permitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Principalmente se centra en la protección de la imagen de la marca de la franquicia. En ese mismo sentido, el Ministerio de Sanidad y consumo, esgrimen lo siguiente: “*La cláusula de aprovisionamiento exclusivo de productos del franquiciador se considera lícita por estar exenta al tratarse de una franquicia cuya causa subjetiva es la reventa de una sola marca en una absoluta integración de la red que persigue conservar la identidad de ésta y al mismo tiempo, en interés del franquiciador*” (Sequeira Martín, A., 2003)⁷⁵. Tal y como se ha analizado en puntos anteriores, el reglamento 330/2010 de la CE en su artículo segundo así lo especifica.

Esta conducta que viola los pactos del contrato suele producirse por varias razones, siendo las más relevantes tres: en primer lugar, como elemento paliativo de los pobres márgenes de beneficio del negocio a corto plazo, por otro lado, para evitar las limitantes posibilidades que ofrecen los catálogos del franquiciador y, por último, por la posible falta de suministro por parte del franquiciador.

Como ejemplo jurisprudencial, en el caso de la franquicia “Bed’s”, compañía especializada en colchones y almohadas, ambas partes se acusan mutuamente de incumplimientos del contrato. La franquiciadora alega que la franquiciada compró productos de proveedores no homologados. Respecto a ello, el tribunal corrobora esta compra de productos no homologados. Sin embargo, explica que, para determinar la gravedad del incumplimiento se debe atender al volumen de ventas consecuencia de estas adquisiciones⁷⁶.

⁷⁴ Domingo et al., (2018). Ob. Cit. Pág. 96

⁷⁵ Sequeira Martín A., et al., (2003). Ob. Cit. Pág. 77-78

⁷⁶ Sentencia núm. 208/2021, de 23 de marzo de 2021, de la Audiencia Provincial de Barcelona, proveniente del Juicio Ordinario núm. 92/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº20 de Barcelona, en su fundamento de derecho cuarto: “*Otra cosa es el volumen de ventas que, como dice la resolución de primera instancia, condiciona la gravedad del incumplimiento y, en definitiva, determina si la resolución del contrato, de colaboración y luego los de franquicia, estaba justificada.*”

4. Métodos de solución de conflicto: Importancia de las ADR

4.1. Vía judicial

Como sucede en la gran mayoría de contratos, la vía judicial se erige como el método de resolución de conflictos más utilizado por las partes del contrato de franquicia para resolver disputas. Para las partes, es claramente la vía más sencilla por diversas razones, pero, principalmente porque, a diferencia de otras formas de resolución, no requiere de ningún tipo de pacto previo. Por tanto, ante la indefinición que supone no haber pactado con anterioridad la forma de resolución, la vía judicial es la mejor solución para cualquier tipo de contingencia que pueda surgir durante la relación contractual.

La vía judicial no solo es una positiva forma de resolución utilizada subsidiariamente ante la falta de previo acuerdo, sino que también presenta ciertas ventajas frente a otras posibilidades. Entre estas ventajas algunas de las más reconocibles son las siguientes⁷⁷: en primer lugar, es un procedimiento de alta formalidad en que las reglas a seguir son claras en todos los aspectos, tanto a nivel probatorio como los pasos a seguir para obtener un juicio justo, además, al ser un procedimiento altamente reglado, los derechos de ambas partes se mantienen, presuntamente, equilibrados lo cual favorece a obtener un resultado más satisfactorio para las partes. Además, su resolución puede llegar a ser ejecutiva. Por último, uno de los principales puntos a tener en cuenta es la posibilidad de apelar las decisiones de los tribunales mediante revisiones por instancias superiores u otros juzgados.

Sin embargo, también existen muchos puntos negativos que pueden hacer replantear la forma en que se resuelven estos conflictos. Las principales desventajas de tratar de resolver pleitos mediante la vía judicial en la actualidad son las siguientes⁷⁸:

- Tiempo: éste es el problema más común en todo el sistema judicial español. En primera instancia, el proceso puede tardar años en iniciarse y, una vez ha empezado, la situación no mejora. En 2018 la tasa de congestión judicial se situaba en un 200%, habiendo aumentado en los últimos años a causa de la pandemia del Covid⁷⁹.

⁷⁷ Pérez Martell R. (2006). Ob. Cit. Pág. 20-21

⁷⁸ ALASTREY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, Barcelona, 2010; EL MEDIADOR, “Mediación vs Proceso Judicial”, en <https://www.elmediador.org/> (consultado el 29 de enero de 2024)

⁷⁹ DE MIGUEL, J., MUNNÉ F., RUIZ DE VILLA, J., ABADÍA, E. (2020) min. 2

- Riesgo: la sentencia corrobora el derecho de una parte en perjuicio de la otra. Este riesgo de “perder” el pleito, no solo supone un problema económico, sino también emocional.
- Coste económico: la cantidad de costes es muy superior ya que, en este caso, se debe de liquidar la parte de los honorarios de las personas involucradas en el caso. Además, la persona que ve rechazados sus derechos, deberá cargar con las costas del proceso.
- No resolver el verdadero conflicto: en contratos más recientes (en el sentido del tiempo que se llevan utilizando), la falta de especialización de los jueces puede provocar que las resoluciones juzguen aspectos que no son críticos en el caso.

4.2. Vía extrajudicial

Los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC por sus siglas), son procedimientos para resolver pleitos jurídicos sin tener que llegar a un proceso judicial. Estos surgen, como se ha mencionado anteriormente por diversos factores: “*por diversos componentes exógenos que llevaron a un grave aumento de la conflictividad tanto en calidad como en cantidad, siendo en muchos casos inaccesible para la ciudadanía el Poder Judicial; por otro, por la sensación de desencanto que arrastraba tras de sí la inoperancia de los tribunales de justicia para dar respuesta a esa nueva y diversa conflictividad*” (Barona Vilar, S. 2018)⁸⁰.

Existen dos tipos de vías extrajudiciales; los llamados métodos autocompositivos y los heterocompositivos. La principal diferencia entre ambos es la forma en que se llega la solución del conflicto. En los métodos autocompositivos puede haber un tercero ajeno a las partes que les ayude a llegar a una solución. Sin embargo, el acuerdo al que llegan las partes no es impuesto por un tercero, sino que ambos lo aceptan. El tercero, simplemente ayuda a las partes a llegar a un resultado. Por otro lado, en los métodos heterocompositivos, a diferencia de los anteriores, el tercero que interviene, es quien decide por las partes sin haber acuerdo entre las partes, este acuerdo es impuesto por el árbitro.⁸¹

Dentro de los métodos autocompositivos se encuentran tres opciones distintas: la mediación, la negociación y la conciliación. Todos ellos comparten algunas

⁸⁰ Barona Vilar, S. (2018). Ob. Cit. Pág. 20-21

⁸¹ Coello Pulido, A. (2016). Ob. Cit. Pág. 43-46

características y pueden ser aplicadas y con puntos muy positivos en conflictos surgidos por contratos de franquicia. El método más habitual en el contrato de franquicia es la mediación.

Por otro lado, en cuanto a los métodos heterocompositivos, principalmente existen dos tipos: “según este tercero sea un órgano público (un juez) o privado (un árbitro) nos encontraremos respectivamente ante los dos mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos: el proceso judicial y el arbitraje” (Coello Pulido, A (2016)⁸².

En el enfoque de la presente investigación, los métodos alternativos más utilizados en el contrato de franquicia son: la mediación y el arbitraje⁸³.

4.2.1. Mediación

La **mediación** se encuentra regulada en la ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Como ya se ha mencionado, la mediación se incluye dentro de los métodos de solución autocompositivos. En este caso, el tercero que interviene es el mediador. Éste toma una posición activa con la finalidad de ayudar a encontrar la mejor solución para las partes. La ley mencionada, define la mediación del siguiente modo en su artículo 1: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

En este método, el **mediador** tiene un papel crucial ya que, de él dependerá que se llegue a una solución más o menos positiva para las partes. Un buen mediador debe ser: imparcial, experto en la materia, capacidad de adaptación, creativo y un buen comunicador.⁸⁴

La mediación es un sistema con infinidad de aspectos positivos o ventajas, algunas de las más relevantes son:⁸⁵

- **Voluntario:** A la mediación se llega por decisión propia de las partes. Las partes discuten sobre la controversia con la ayuda del mediador. La resolución no es

⁸² Coello Pulido, A. (2016). Ob. Cit. Pág. 44

⁸³ Hermoso de Mendoza (2007). Cómo se resuelven los conflictos entre franquiciados y franquiciadores. *En franquicia. Abril 2007.* 18-34.

⁸⁴ Serrano, G., Lopes, C., Rodríguez, D., Mirón, L., (2006). Características de los mediadores y éxito de la mediación. *Anuario de Psicología Jurídica. Volumen 16.* Págs. 75-88

⁸⁵ CARULLA BENITEZ, P. (2001), enumera una lista de seis ventajas principales, además de otras muchas secundarias.

impuesta por una parte y si no se llega a un acuerdo se puede proceder a otro tipo de vía para resolver el conflicto. En ese sentido, las partes tienen el control del resultado

- **Resolución constructiva:** La solución se encuentra mediante una discusión sobre los intereses de las partes y se trata de buscar la forma en que todos salgan ganando. A diferencia del proceso judicial, en la mediación se habla de un resultado donde todas las partes ganan: “*'ganar-ganar' por oposición al resultado del proceso judicial en donde inevitablemente a través de la sentencia judicial se identifica ganador y perdedor*” (Laura Izuzquiza, M.)⁸⁶. Gracias a que no hay perdedor, se consigue unos de los aspectos más relevantes y es que la relación contractual y la confianza entre las partes se mantenga en la medida de lo posible. Esto a su vez, favorece la relación de cooperación a largo plazo entre las partes.
- **Eficiencia en costos y tiempo:** Se diluyen en gran medida los costes y los tiempos de espera de la vía judicial.
- **Confidencial:** este aspecto se traslada en dos aspectos: en primer lugar, es confidencial entre las partes. Esto es un punto positivo: “*es otro de los beneficios de la mediación se refiere a la posibilidad de cada parte de revelar en confianza al mediador determinadas cuestiones que las partes no revelarían a la otra parte*” (Pérez Martell, R. 2006)⁸⁷. Por otro lado, el pleito no se publicita, gracias a ello la franquicia mantiene su reputación.
- **Solución basada en los intereses:** a diferencia de la justicia ordinaria que se centra en los derechos y obligaciones de las partes del contrato, la mediación va más allá. “*La mediación no trata de resolver derechos, ver quién tiene más o menos derechos según la ley, sino detectar los verdaderos intereses y preocupaciones de las partes*” (Berenguer, P. 2021)⁸⁸.

Una vez analizados los aspectos positivos de la mediación aplicada al contrato de franquicia, es importante tener en cuenta que también tiene ciertas desventajas muy relevantes. En primer lugar, este método de resolución de conflictos se basa enteramente en la predisposición de las partes de solucionar el conflicto⁸⁹. Por lo tanto, en tanto las

⁸⁶ Laura Izuzquiza, M. Ob. Cit. Pág. 25

⁸⁷ Pérez Martell R. (2006). Ob. Cit. Pág. 73

⁸⁸ Berenguer, P. (2021) min. 28

⁸⁹ Boyer Law Firm. (30 de marzo de 2016). *Ventajas y Desventajas de la Mediación*. Boyer Law Firm. <https://abogadoboyerflorida.com/blog/titulo-y-palabras-clave-ventajas-y-desventajas-de-la-mediacion/>

partes o, una de las partes no tenga esta actitud hacia el conflicto, éste se puede enquistar. Esto supone que el problema puede demorarse con exceso, lo que corre en contra del franquiciado. Esto es así puesto que, mientras la solución del conflicto se busca, el franquiciado sigue enfrentando los gastos del negocio y el resto de riesgos en una situación poco favorecedora respecto a su contraparte.

Por otro lado, es importante atender a que el franquiciador, al ser una compañía presumiblemente de muchos más recursos, puede contar con cierta experiencia ante este tipo de negociaciones, lo que puede desfavorecer al franquiciado pudiendo llegar a una resolución que no le sea positiva.

4.2.2. Arbitraje

El **arbitraje**, por su parte, queda regulado en la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje. A diferencia de la mediación, el árbitro no ayuda a buscar a una solución a las partes, sino que la impone el mismo. La resolución que se obtiene del arbitraje es llamado laudo arbitral.

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someterse a arbitraje, puede quedar formalizado e incluido en el contrato de franquicia, sin embargo, también se puede acceder a él a posteriori. Este se regula en el artículo 9 de la ley de arbitraje.⁹⁰ En el convenio arbitral se definen una serie de especificaciones respecto las características del arbitraje que se llevará a cabo, entre ellas: número de árbitros, el lugar donde se llevará a cabo, el idioma, la normativa aplicable, su eficacia o la extensión de los efectos el convenio a terceros.

El **árbitro** es un profesional con una mayor responsabilidad que el mediador. Los árbitros deben contar con los siguientes requisitos: imparcialidad e independencia, no puede mantener relaciones de ningún tipo con las partes e informar de posibles conflictos de intereses, además, debe contar con un conocimiento especializado en el ámbito del conflicto, por último, deben adherirse a un código ético.

⁹⁰ Artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje: “*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”

El arbitraje reviste una gran cantidad de ventajas respecto a la vía judicial en general y, para el contrato de franquicia en particular, algunas de las principales ventajas son⁹¹:

- **Menor coste y mayor agilidad:** el trámite, pese a ser más formal que la mediación (lo cual lo hace demorarse más y ser más costoso) sigue siendo un proceso más rápido y a un menor coste que el proceso judicial. Además, el proceso puede configurarse para una mejor adaptabilidad a las necesidades del caso.
- **Soluciones técnicas y especializadas:** los árbitros que trabajan en el proceso son especialistas en ese tipo de asuntos. Esto es muy positivo respecto a un proceso judicial donde el juez puede no tener un amplio bagaje al respecto: “*cuanta más experiencia en el sector, más conocimiento del tipo de contrato, de los aspectos de negocio de la franquicia, más capaz es la persona de encontrar una solución que se ajuste a las necesidades económicas de las partes*” (Berenguer, P. 2021)⁹². Existe multitud de instituciones de árbitros⁹³, lo cual es muy útil para seleccionar al árbitro más conveniente.
- **Confidencialidad:** este proceso no se publicita, gracias a ello, la franquicia no se ve afectada en cuanto a su imagen pública. No existe una base pública.
- **Ejecutoriedad y cosa juzgada:** a diferencia de la solución de la mediación, el laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada, por lo que la resolución deberá ser acatada por las partes: “*si las partes en conflicto deciden someter una cuestión a arbitraje, el pacto es absolutamente vinculante, tanto es así que la resolución que adopte el tribunal arbitral será firme y ejecutiva, con reducidas posibilidades de recurso*” (DE MIGUEL, J., MUNNÉ. F., RUIZ DE VILLA, J., ABADÍA, E. 2020)⁹⁴
- **Internacionalidad del proceso:** probablemente este es el aspecto más definitorio para seleccionar el arbitraje en el modelo de franquicia. En primer lugar, se suele buscar una mayor neutralidad del arbitraje y, por otro lado, siendo el más relevante, ofrece una solución ante posibles problemas de ejecución del laudo.

⁹¹ Pérez Martell R. (2006). Ob. Cit. Págs. 19-32

⁹² Berenguer, P. (2021) min. 14

⁹³ Por ejemplo: Corte de arbitraje de Madrid, Corte española de Arbitraje, Asociación Europea de Arbitraje, International Court of Arbitration o la American Arbitration Association

⁹⁴ DE MIGUEL, J., MUNNÉ. F., RUIZ DE VILLA, J., ABADÍA, E. (2020) min. 9-10

Mediante el Convenio de Nueva York de 1958⁹⁵, al que se adhieren 168, no hay problemas para ejecutar estos laudos internacionales.

El principal problema del arbitraje, como explica Pablo Berenguer (2021) es que, a diferencia de los tribunales donde la imparcialidad está completamente garantizada, en este sistema, es muy complicado asegurar que el árbitro no tiene ningún interés oculto en fallar a favor de una u otra parte y por tanto no sea independiente.

Esto podría producirse por varias razones, desde los mencionados intereses ocultos que ninguna de las partes pueda conocer, hasta cargar con cierto sesgo a favorecer a la parte que ha decidido contratar los servicios del árbitro. En un estudio realizado por la universidad de Arizona, se realiza un análisis cuyo propósito es determinar si este sesgo existe y las razones del mismo. A este sesgo o efecto lo denominan “efecto afiliación”. Se desarrolla que, debido a que el dinero percibido por el árbitro depende exclusivamente de que una de las partes decida contratarle (independientemente del fallo), se pueda generar cierta dependencia a favor de esta parte para seguir siendo contratada. Finalmente, después de realizar los procedimientos correspondientes, afirman lo siguiente: “Using survey experiments with arbitration experts around the world, we show that professional arbitrators suffer from affiliation effects—a cognitive predisposition to favor the appointing party”. Por ello, aunque el sesgo pueda ser inconsciente, la realidad es que, según su estudio existe.

Ello aplicado al contrato de franquicia, tiene una clara implicación y es que, como se ha analizado anteriormente, la cláusula de arbitraje suele venir impuesta por el franquiciador. De ello se puede concluir que, si efectivamente existe este sesgo, la parte beneficiada sería el franquiciador.

4.2.3. Tabla comparativa entre la mediación y el arbitraje:

	Mediación	Arbitraje
Formalidad	Permite una mayor flexibilidad en la negociación y es un proceso menos estricto.	El procedimiento a seguir es más estructurado y rígido. Estas formalidades pueden

⁹⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

		venir de: la institución arbitral o estipulado en el contrato.
Coste y Duración	Más económico y rápido. Trata de resolver con menos recursos y formalidades.	Debido a las formalidades y que el número de personas implicadas en el proceso suele ser mayor, puede ser más costoso y lento.
Rol del tercero	El mediador facilita el dialogo entre las partes, trata de buscar la forma en que ambas puedan llegar a una solución, por tanto, él no emite resolución.	El árbitro toma decisiones basadas en pruebas, proceso similar al de un tribunal, en este caso, emite resolución.
Resultado	El acuerdo al que llegan las partes no es vinculante. Para que lo sea, es necesario que se formalice.	El laudo arbitral es vinculante, las partes deben cumplirlo.
Confidencialidad	El conflicto no se publicita y, además, el mediador habla con las partes de forma individual.	En este caso, al ser parecido a un juicio las partes exponen sus argumentos ante la otra parte. Los detalles no son públicos, sin embargo, puede llegar a serlo si es necesario impugnar la decisión.

5. Problemática real del contrato de franquicia: Relación desequilibrada

Uno de los puntos más preocupantes del modelo de negocio de la franquicia es el desequilibrio de poder entre las partes. Como sucede en los contratos de consumo, donde una de las partes (el cliente) se encuentra en una posición débil respecto al vendedor, en el contrato de franquicia, el franquiciado es la parte frágil respecto a su franquiciador quien, en muchas ocasiones es una gran empresa. Por ello, es posible realizar una asimilación entre ambos contratos.

En primer lugar, es importante tener en cuenta un aspecto clave sobre el contrato de franquicia. En la gran mayoría de ocasiones este tipo de relación se categoriza como un contrato de adhesión⁹⁶. Un contrato de adhesión es aquel en que las cláusulas (o por lo menos gran parte de ellas) son predisueltas por una de las partes de manera anticipada, pudiendo solo ser aceptadas por el otro contratante. Gran parte de la doctrina jurisprudencial define los contratos de las diversas causas como “de adhesión”, aunque nunca de forma general para todo tipo de relaciones⁹⁷. Esta categorización es debido a que, la gran mayoría de cláusulas de este tipo de contratos vienen ya impuestas por el franquiciador, siendo mínima la participación del franquiciado en los pactos establecidos.

En los contratos de consumo (que también son de adhesión) el cliente se encuentra ampliamente amparado por la ley de defensa de los consumidores y usuarios⁹⁸. Por otro lado, en cuanto al contrato de franquicia (como se desarrollará más adelante) existe cierto grado de desprotección⁹⁹.

⁹⁶ Sequeira Martín, A., Roncero Sánchez, A., Martín Cerdeño, V.J., (2003). Ob. Cit. Pág. 47-48: “Generalmente es además un contrato de adhesión, que se presenta en el mercado mediante la técnica del clausulado predisuelto por una de las partes (el franquiciador) por lo que deberá, normalmente, someterse en su conformación al régimen previsto con carácter general para el tratamiento de las condiciones generales de los contratos”.

⁹⁷ Sentencia núm. 55/2020 de 14 de febrero de 2020 de la Audiencia Provincial de Madrid proveniente del juicio ordinario 250/2018 del juzgado de primera instancia núm. 70 de Madrid, en su fundamento de derecho segundo: “que se tratase de un contrato de adhesión a partir de una fórmula tipo para todos los franquiciados” o la Sentencia núm. 417/2017 de 27 de octubre de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid proveniente del procedimiento ordinario 1774/2015 del juzgado de primera instancia núm. 71 de Madrid en su fundamento de derecho segundo: “el contrato ha de calificarse de contrato de adhesión en sus aspectos nucleares”

⁹⁸ RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Artículo 80 y ss.

⁹⁹ Pérez-Serrabona Gónzalez, F.J., (2014). Ob. Cit. Pág. 134: “Si en los contratos de consumo podía hablarse de un contratante, el consumidor, débil jurídicamente, en este nuevo tipo de contrato, debe hacerse de un contratante – el que contrata con el profesional o empresario fuerte – débil económicamente... También en este grupo de contratos se dará una situación de asimetría en la fase de ejecución, como hemos indicado, y fundamentalmente en los contratos de ejecución continuada.”.

Esta desprotección viene dada por varios factores, sin embargo, el núcleo del problema es la propia estructura de la relación, en la cual existe una asimetría de poder entre las partes. Esto es debido a que existe una enorme dependencia por parte del franquiciado hacia el franquiciador, quién establecerá la mayor parte de las cláusulas y de quién dependerá gran parte del negocio por su implicación en el mismo, siendo esta relevancia mayor por el hecho de ser la franquicia un contrato de ejecución continuada.

Para analizar esta problemática existente es importante recalcar cuáles son las principales circunstancias ante las que puede haber cierta desprotección hacia el franquiciado y que pueden suceder de forma estructural y sistemática en la gran mayoría de contratos de franquicia. Todas estas cláusulas o pactos no suelen ser negociadas y, además, se encuentran fundamentados por la legislación vigente.

En primer lugar, se encuentra el fenómeno denominado “abuso de posición de poder” que, aplicado a las circunstancias del contrato de franquicia se determina en la dependencia económica, que es aquella: “*en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*”¹⁰⁰. Esta dependencia se configura en dos aspectos en la franquicia: la obligación de comprar a ciertos proveedores en exclusiva, y la dificultad para liquidar las inversiones realizadas.

Además, más allá de la dependencia económica, las cláusulas de no competencia y de territorio exclusivo también generan desprotección. A diferencia de otros tipos de relaciones donde no están permitidas, en los contratos de franquicia estas cláusulas pueden desfavorecer significativamente al franquiciado.

Finalmente, los tres pilares que generan esta situación desventajosa para el franquiciado (ser un contrato de adhesión, problemas de dependencia económica y otras cláusulas no beneficiosas para el franquiciado), pueden encontrar su fundamento en un mismo punto. Como se mencionó al inicio de esta investigación, la legislación actual sobre franquicias es muy escasa, centrándose en la información precontractual y en algunos límites sobre pactos. Es por ello que, debido a su atipicidad parcial, el contrato de franquicia se formaliza, principalmente, por la autonomía de las partes. Pero, según el tipo de modelo

¹⁰⁰ Estevan de Quesada. A. (2005). Ob. Cit. Pág. 150

de negocio que es la franquicia, el contrato que surja de la negociación, describirá en casi la totalidad del contrato, la voluntad de solo una de las partes.

Además de ello, lo plasmado en el contrato tiene fundamentación y garantías por la legislación vigente. Como se ha trabajado anteriormente, los pactos relativos a ciertos aspectos de la relación, son aceptados por el Reglamento 330/2010 en base a la búsqueda de salvaguardar el know-how de la empresa, que, a la postre, es el elemento más importante del negocio. Además, si bien existe una gran dependencia económica a favor del franquiciador, ésta es aceptada por el franquiciado en el momento de firmar el contrato y de nuevo, puede fundamentarse fácilmente con el objetivo de salvaguardar la imagen de la marca¹⁰¹.

¹⁰¹ Estevan de Quesada. A. (2005). Ob. Cit. Pág. 150

6. Conclusiones

No cabe duda de que la relevancia de las franquicias, desde su importación de otros estados, ha crecido con el paso del tiempo, hasta llegar a niveles en que representa una buena parte de la economía. Debido a la incorporación de este nuevo tipo de negocio se requiera de cierto tiempo de adaptación a su nueva realidad a todos los niveles.

1. En el contexto legislativo actual, tanto a nivel europeo como estatal, los contratos de franquicia se encuentran parcialmente regulados. Esta legislación ha ido aumentando con el paso de los años, ya que el derecho debe ajustarse a las nuevas realidades sociales. La regulación de la franquicia es ciertamente compleja y plantea desafíos para todas las partes; desde el franquiciado y el franquiciador hasta el tribunal que actúe ante posibles conflictos. El RD 201/2010 hasta cierto punto brinda algo de seguridad jurídica a las partes. Sin embargo, esta atipicidad parcial, manifestada en una regulación absolutamente fragmentada, pone de manifiesto la necesidad de extender la normativa al respecto. Este requerimiento social expone la incertidumbre y los diversos obstáculos con los que se encuentran las partes del contrato, sobre todo la franquiciada, quien puede sentirse desprotegida. Esto se debe a la gran cantidad de mecanismos que el franquiciador tiene para imponer su voluntad en el contrato, mecanismos que están fundamentados por la ley, creando un panorama desfavorable para la parte más débil del contrato, que solo puede aceptar o rechazar estas cláusulas.

2. Por otro lado, en cuanto al negocio en sí mismo, es esencial poner en relieve la importancia clave de la gestión del know-how y de la marca. En esta relación sucede un choque de necesidades, entre las del franquiciado y las del franquiciador. El primero, respecto a su libertad de ejecución del negocio y sus beneficios económicos, y la otra por la voluntad de mantener una coherencia entre sus negocios franquiciados. En este caso, prima la necesidad de mantenimiento de la marca y el saber hacer de la empresa, por ello, esta propiedad intelectual se encuentra ampliamente protegida por la ley. Especialmente a nivel europeo, el Reglamento 330/2010, el cual ofrece la posibilidad de ejecutar diversos tipos de cláusulas que, en otras circunstancias podrían considerarse abusivas, pero en el contexto de la franquicia son consideradas legales para llegar a este objetivo de aseguramiento. A nivel fundamental, ello se basa en no comprometer al negocio y reforzar la reputación de toda la marca, para que ningún otro franquiciado se pueda ver afectado por las malas prácticas de una de las partes que compone toda la red de la franquicia. A

grandes rasgos, la marca y todos los componentes que la engloban son el motor de todo un modelo y, por ello, se debe salvaguardar.

3. Finalmente, la relación entre el franquiciado y el franquiciador es compleja por naturaleza y actualmente se caracteriza por un desequilibrio de poder. A pesar de las dificultades, es esencial construir una relación de confianza y colaboración para el buen funcionamiento del modelo. Sin embargo, en muchas ocasiones debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos, los conflictos se encuentran a la orden del día, generándose así situaciones que menoscaban esta confianza. Existe gran cantidad de incumplimientos, algunos son más graves que otros, pudiendo incluso suponer la disolución de la franquicia. Ante estos problemas, surgen varias vías de solución. En la gran mayoría de casos, se siguen resolviendo mediante la vía judicial, no obstante, en una tipología de contrato tan especial como la franquicia, donde las necesidades de las partes cobran una mayor importancia, algunos métodos de resolución de conflictos como el arbitraje o la mediación se erigen como una viable posibilidad. Estos métodos pueden ofrecer una solución consensuada que aborde el núcleo del conflicto. Sin embargo, si no se definen correctamente los detalles de cómo se llevarán a cabo estos procesos, y dada la informalidad y el desequilibrio de poder entre las partes, estas soluciones alternativas pueden resultar ser menos efectivas que la resolución judicial.

En definitiva, es evidente que el contrato de franquicia en la actualidad se encuentra todavía en una fase inicial que se traduce en una breve regulación al respecto. Los desajustes de poder y la desprotección de una de las partes demuestran que, en efecto, el contrato de franquicia es imperfecto. Sin embargo, es importante recalcar que las vías para ajustar el contrato a la realidad de las necesidades de las partes aún se pueden producir. Por esto, si bien en el momento actual los riesgos y aspectos negativos de la franquicia son significativos, cabe esperar que, en el futuro, estos problemas puedan ser abordados por el poder legislativo.

7. Bibliografía

1. ALFARO RODRIGUEZ, M.V. (2013). El know how y su aplicación práctica en el contrato de franquicia. Revista Judicial, Costa Rica. Vol. 109. Págs. 234-272 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31084.pdf>.
2. BARONA VILAR, S. (2018). Nociones y principios de las ADR: solución extrajudicial de conflictos. Tirant lo Blanch. <https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/show/9788491901488>.
3. BERENGUER, P. (1 de junio de 2021). Webinar AEF: Ventajas y desventajas de la resolución de conflictos con arbitraje y con mediación. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=uUP2UAv77nQ&ab_channel=Asociaci%C3%B3nEspa%C3%A1olaDeFranquiciadores.
4. CARBAJO VASCO, D., DÍAZ ECHEGARAY, J.L., DÍAZ-ECHEGARAY LÓPEZ, M. (2018). La franquicia. Aspectos jurídicos, laborales y fiscales. Tirant lo Blanch <https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/show/9788491903406>.
5. CARDOZO ROA, C.C., PERAFÁN DEL CAMPO, E.A., (2019). Contratos atípicos. Tirant lo Blanch. <https://biblioteca-tirant-com.are.uab.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788491905400>.
6. CHAMORRO DOMINGUEZ, Ma. (2011). Aspectos jurídicos de los contratos de cesión y licencia de know-how en derecho español. Revista e-Mercatoria. Vol. 10. Pág. 1-33 <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AspectosJuridicosDeLosContratosDeCesionYLicenciaDe-3684686.pdf>.
7. CHULIÁ, F.C. (1986). Compendio crítico de derecho mercantil. Editorial Bosch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?código=593198>.
8. CHULIÀ VICENT, E., BELTRÁN ALADETE, T. (2005). Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I. Bosch Editor <https://app-vlex-com.are.uab.cat/#sources/667>.
9. COELLO PULIDO, A. (2016). El juego de la mediación. J.M. Bosch Editor. <https://app-vlex-com.are.uab.cat/#sources/23175>.
10. COMITÉ DE EXPERTOS JURIDICOS AEF. (2021). Observatorio Jurisprudencia de Franquicias. AEF. <https://www.aefranquicia.es/wp-content/uploads/2021/06/Quinto-Observatorio-Jurisprudencia-de-Franquicias-AEF.pdf>.

11. DE LA CRUZ SAUGAR, R. (20 diciembre 2021). “Todo lo que debes saber sobre el contrato de franquicia”. LEGALTIAS.
<https://www.legalitas.com/actualidad/todo-lo-que-debes-saber-sobre-el-contrato-de-franquicia;>
12. DE MIGUEL, J., MUNNÉ. F., RUIZ DE VILLA, J., ABADÍA, E. (No date). Webinar AEF: El sistema de arbitraje para la resolución de conflictos. Youtube.
https://www.youtube.com/watch?v=3oS6Py979To&t=279s&ab_channel=Asociaci%C3%B3nEspa%C3%A1olaFranquiciadores.
13. ESTEVAN DE QUESADA, A. (2005). Franquicia y abuso de dependencia económica. En BOTANA AGRA, M., GOMEZ SEGADE, J.A. (2005). Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo XXVI (2005). Maricel Pons. (pp. 145-169).
14. LAURA IZUZQUIZA, M. (No date). El contrato de Franquicia. Universidad Nacional Del Centro. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElContratoDeFranquicia-2881380.pdf.
15. LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (2000). EL CONTRATO DE FRANQUICIA (ASPECTOS BÁSICOS). Anales de Derecho, 18, 91–116.
<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57581>.
16. MIRAVALLS MARTÍ, J. (2009). El Contrato de Master Franquicia, Aranzadi (Thomson Reuters). En GARCIA VIDAL, A. (2009-2010). Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo XXX (2009-2010). Maricel Pons. (pp. 1158-1161).
17. O’CALLAGHAN, X. (2020). Compendio de derecho civil Tomo II. (3^a edición). Editorial Universitaria Ramón Aceres. <https://vlex.es/vid/referencia-tipicos-atipicos-mixtos-215147>.
18. PÉREZ MARTELL, R. (2006). El arbitraje en el contrato de franquicia. DIJUSA.
<https://app.vlex.com/#sources/2556>.
19. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (2014). El contrato de franquicia. Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades. Universidad de Granada
<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/40797/24582682.pdf?sequence=1>.
20. PUIG, S., & STREZHNEV, A. (2017). Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach. The Journal of Legal Studies, 46(2), 371.

21. SEQUEIRA MARTÍN, A., RONCERO SÁNCHEZ, A., MARTÍN CERDEÑO, V.J., (2003). La franquicia. Instituto Nacional del Consumo https://www.consumo.gob.es/sites/default/files/28_laFranquicia.pdf.
22. STUMPF, H. (1084). El contrato de know-how. Editorial Temis.
23. TEVA VILLÈN, M.R, PÉREZ GONZÁLEZ, B. (2021). “Franquicias en el Sector Deportivo”. DYKINSON, 33-35. <https://app-vlex-com.are.uab.cat/#search/jurisdiction:ES/DIP+franquicia/vid/866649519>.
24. VALLHONRAT, X., (2010). Franquicias 2010: Libro oficial de la Asociación Española de Franquiciadores. BPMO Edigrup <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBRO%20OFICIAL%20DE%20LA%20ASOCIACIÓN%93N%20ESPA%C3%B1OLA%20DE%20....pdf>.