



Otro obstáculo legal para la franquicia

La Ley de Contratos de Distribución está a sólo un paso parlamentario para que entre en vigor. Un proyecto que hace tabla rasa entre franquicia y concesionarios, y que está levantando ampollas en el sector. Cuatro expertos nos desgranar los aspectos clave de la nueva regulación.

Algunos ya han denominado "ley Faconauto" al proyecto de Ley de Contratos de Distribución que el Consejo de Ministros dio luz verde a finales del pasado julio para su trámite parlamentario y en el que queda encuadrada la franquicia como una modalidad más de este tipo de acuerdos de distribución.

Una denominación oficiosa que sintetiza la raíz que ha dado lugar a la ley, que no es otra que la polarización de intereses de fabricantes y concesionarios en la distribución de vehículos, que si bien resultaba necesario regular, la inclusión de la franquicia en el mismo proyecto ha provocado una crítica unánime por parte del sector, desconfiado ya de la atención que la Administración presta a la fórmula. Tras su paso por el Consejo de Ministros, solo falta que sea aprobado en la Comisión del Congreso de los Diputados para que pase a votación y entre en vigor.

Encabezando esta crítica hacia una ley "no solicitada ni acorde con la agilidad que precisa el sistema", se ha situado el Comité de Expertos Jurídicos (CEJ)

de la Asociación Española de Franquiciadores, pero también desde la propia presidencia de la patronal se hace hincapié en la simplificación del proyecto: "La franquicia tiene su propia naturaleza y su propio marco normativo. No necesita una legislación que la trate como un contrato de distribución. No acertamos a entender qué tiene que ver una franquicia de comida rápida, de transporte o reparación de calzado, por poner solo unos ejemplos, con un contrato por el que un fabricante acuerda con un concesionario la venta de automóviles, electrodomésticos y otros bienes de consumo", ha expresado Xavier Vallhonrat, presidente de la AEF.

UNA SIMPLIFICACIÓN PERJUDICIAL

Esta asimilación de la franquicia como un eslabón más de la distribución comercial concita los principales reproches a la futura legislación, por cuanto "los franquiciadores no son fabricantes sino generadores de innovación y experiencia comercial que ponen al servicio de otros emprendedores".

La transmisión del *know how* es, pues, el elemento diferenciador que la previsible ley ignora, pero incluye además otros puntos que, en opinión del CEJ pueden conllevar "consecuencias muy negativas" para el desarrollo de los contratos franquiciador-franquiciado.

Sin duda la parte más polémica del proyecto que aguarda su aprobación en la Comisión del Congreso es la que hace referencia a la indemnización por clientela, que recibiría el

FÓRMULAS DESIGUALES
Desde el Comité de Expertos Jurídicos se critica esta regulación "no solicitada ni acorde con la agilidad que precisa el sistema" y que equipara el contrato de franquicia con el de un concesionario de vehículos o electrodomésticos, ignorando la esencia del sistema: la transmisión de un saber hacer propio.

La franquicia es IDEA: Innovación, Desarrollo y Asistencia

En realidad, ¿qué es la franquicia? El franquiciador crea un sistema propio de comercialización de productos y servicios: *innova*. Esta innovación se realiza bajo una marca: lo *desarrolla* y *experimenta* en centros piloto (normalmente durante uno o dos años) y, posteriormente, cede este conocimiento junto con una *asistencia* bajo el paraguas de la marca a cambio de un *royalty*. ¿Hablamos de un contrato de distribución? Radicalmente no. Lo esencial de la franquicia es el conocimiento o *know how*, cúmulo de experiencias que hace que un



Jordi Ruiz de Villa, socio de Jausas
presidente del Comité de Expertos AEF

negocio sea exitoso, negocio que puede ser muy distinto del de comprar y vender productos. Cuando a un franquiciador se le aplican, *mutatis mutandis*, las previsiones de los contratos de distribución pensados para concesionarios de automóviles o electrodomésticos, se dan paradojas como las siguientes: en primer lugar, la imposibilidad de proteger el *know how*, ya que el franquiciador no podrá negar la cesión del contrato a cualquier tercero que se comprometa por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía. ¿Cómo impedir entonces la venta a un competidor? ¿Y qué sucede si el negocio es *intuitu personae*, en función de las cualidades de la persona y su dedicación 100%; también la imposibilidad de proteger el *know how* postcontractual, ya que la cláusula de no competencia postcontractual, necesaria para que el conocimiento no se expanda gratuitamente, está penalizada con una indemnización de daños y perjuicios; y la ruptura del equilibrio financiero, ya que es evidente que un *royalty* del 3% al 5% no permite asumir sistemas de información permanente al franquiciado de todo lo que pueda afectar a su negocio, de indemnización por inversiones no amortizadas o por clientela que prevé la Ley.

La franquicia en España funciona (24.000 millones facturados en 2010 y 231.000 empleos) y permite a muchos desempleados abrir pequeños negocios amparados por una marca y el conocimiento del franquiciador. Con esta nueva norma España dejará de ser destino de las franquicias extranjeras y perderemos una ayuda considerable para nuestra recuperación. Sería recomendable que los políticos dejaran de pensar en hacer leyes, muchas leyes, y pensarán de una vez por todas en ayudar a las *ideas*.

franquiciado en el caso de que el franquiciador estableciera en el contrato una cláusula de no competencia tras la finalización de la relación, como medida –esencial en la fórmula– de protección de su saber hacer. Una indemnización “cifrada en la media anual del importe neto de la cifra de negocios obtenida por el franquiciador durante los últimos cinco años de vigencia del contrato”, según explica en su tribuna el director de Ernst & Young, José Domínguez Leandro, y que supondrá un nuevo coste para la central.

La obligatoriedad de indemnizar al asociado vinculado por dicha cláusula de no competencia tendría una consecuencia inmediata, según la patronal. “Los franquiciadores deberán aumentar los *royalties* para soportar las indemnizaciones, por lo que muchas cadenas dejarán de ser competitivas y deberán cerrar”. Pero no sólo esto, ya que de aprobarse el proyecto, el CEJ considera que “desaparecerá” el control sobre el saber propio de la compañía, ya que la regulación otorga potestad al franquiciado para traspasar su contrato, con un único requisito: “Ningún franquiciador podrá evitar la cesión del contrato a un tercero ajeno a la red, incluso competidor”, siempre que éste se comprometa por escrito a mantener los medios y recursos con los que ya operaba el cedente, según explica Jordi Ruiz, presidente del CEJ.

REGISTRO DE FRANQUICIADORES Y DIP

Más allá de estos puntos de conflicto, en lo que atañe específicamente a la regulación del régimen de franquicia, el documento integra aspectos ya en vigor para el sistema, como por ejemplo, su artículo 30, donde se recoge el deber del franquiciador de comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inscripción en el Registro de Franquiciadores, o la exigencia al franquiciador de entregar por escrito, con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato, precontrato o entrega de cualquier pago por parte del futuro asociado, de la información necesaria –DIP o Documento de Información Precontractual– para que aquél pueda decidir libremente y con conocimiento su incorporación a la red.

FRQ ha querido preguntar a cuatro expertos juristas sobre uno de los temas de mayor actualidad de la franquicia, y que más consecuencias puede acarrear a sus operadores, y a continuación publicamos las conclusiones extraídas de tres miembros del Comité de Expertos Jurídicos de la Asociación Española de Franquiciadores y el de la directora del Departamento Jurídico de una de las cadenas de mayor peso del sector como es Telepizza. **FRQ** D.A.M.

INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA
El punto más conflictivo del proyecto es la denominada indemnización por clientela que recibiría el franquiciado a la finalización del contrato en caso de que el franquiciador establezca una cláusula de no competencia, como medida –esencial en la fórmula– de protección de su saber hacer.

Falta una norma que establezca qué preceptos son imperativos

El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (en adelante PLCD) alude en su artículo 2f. al contrato de franquicia como una de las principales modalidades de contratos de distribución, incluyendo aquel en un marco normativo previsto y pensado para un tipo de contratos que nada tienen que ver con el instituto de la franquicia.

GLORIA MARTINEZ PICAZO
directora del Depto. Jurídico de Grupo Telepizza

Lo anterior da lugar a que los preceptos de la citada ley resultan, en el mejor de los casos, inaplicables y en el peor, entorpecedores y perjudiciales para el normal desarrollo de las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado.

El objeto del contrato de franquicia no es la distribución en sí mismo sino la cesión o licencia de una tecnología de un sistema operativo o *know how* propio del franquiciador bajo un sistema de control y supervisión por el propio franquiciador; en contraprestación a lo anterior, el franquiciado debe abonar al franquiciador un canon o porcentaje sobre ventas.

El PLCD alude en su exposición de motivos y proclama en su artículo 4 la primacía del principio de libertad de pactos, lo que apoyaría el carácter dispositivo y no imperativo de esta ley que solo sería de aplicación cuando el contrato no prevea una regulación expresa en algún aspecto de la relación contractual.

Pero falta en el PLCD una norma como el artículo 3 de la Ley del Contrato de Agencia que establezca claramente qué preceptos del texto legal son imperativos y cuáles no.

En la duda, la combinación de este principio, el de aplicación de la ley en defecto de regulación expresa, junto a lo ajeno del instituto de la franquicia con respecto a la distribución comercial, convierten en recomendable incluir en los contratos de franquicia no sólo la renuncia expresa a la aplicación de la norma finalmente resultante del actual PLCD, sino una específica y concreta regulación contractual de todos aquellos términos y condiciones contractuales que se deseen sean regulados de manera diferente a como lo hace el legislador.





JOSÉ DOMÍNGUEZ LEANDRO
director de Ernst & Young

Muchas redes no podrán soportar los costes adicionales

La transmisión del *know how* y otros derechos de propiedad intelectual, integrado en el sistema propio de comercialización de productos o servicios objeto de toda actividad en régimen de franquicia, resulta ser consustancial al concepto de franquicia.

Know how y derechos de propiedad intelectual que, de conformidad con la normativa que regula los citados derechos, quedan protegidos del uso indebido por aquellos franquiciados que han

dejado de serlo a la terminación de su contrato de franquicia. Protección más teórica que práctica, como se pone de relieve, a la hora de establecer dicha prohibición

ante los tribunales. Es por ello por lo que, si el franquiciador quiere protegerse contra dicho uso indebido, se ve necesariamente obligado a establecer, para obtener una protección efectiva de sus derechos, una cláusula de no competencia postcontractual, que impida al antiguo franquiciado valerse de conocimientos y derechos intangibles propios del franquiciador.

Pues bien, en el reciente proyecto de Ley de Contratos de Distribución presentado por el Gobierno ante el Congreso, que no tiene en cuenta las propias características del régimen de franquicia, sino que lo asimila, sin más, a todos los demás sistemas de distribución, viene a establecer un nuevo coste para todos aquellos franquiciadores que establezcan un cláusula de no competencia –cláusula necesaria y obligatoria para proteger su *know how* y demás derechos de propiedad intelectual propios de su sistema de comercialización–. Ese nuevo coste consistirá en la obligación de abonar al franquiciado una indemnización por clientela, cifrada en la media anual del importe neto de la cifra de negocios obtenida por el franquiciador durante los últimos cinco años de vigencia del contrato o, durante todo el periodo de duración del mismo, si esté fuese inferior.

Esto supondrá la imposibilidad de muchas redes actuales, que no tienen las dimensiones ni las fortalezas económicas de los grandes fabricantes, de poder soportar tales costes, que les llevará al cierre de sus negocios, junto con los de sus franquiciados o una barrera de entrada para nuevos emprendedores que, en la actualidad, ven el sistema de franquicia como una fórmula para competir con los grandes operadores. Frenos que repercutirán en el consumidor final, que tendrá menos capacidad de elección, menos innovación a su disposición y mayores precios por los mismos servicios.

El proyecto necesita una revisión profunda, no cosmética

El Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales, de fecha 29 de junio de 2011, publicaba el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, tras haber decidido la Mesa del Congreso, en su reunión del mismo día, encomendar su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Industria, Turismo y Comercio.

Del borrador del proyecto de Ley se dio traslado, por plazo de diez días y tan sólo unos días antes del inicio de su tramitación parlamentaria, a la



CARLOS TERRAZAS
director Servicios Jurídicos de Tormo Asociados

AEF, que presentó un documento de alegaciones elaborado por el Comité de Expertos Jurídicos.

Ese documento mostraba un rechazo frontal al texto inicialmente propuesto y que, con escasas aunque en ocasiones importantes modificaciones, es el que finalmente ha iniciado el trámite de aprobación parlamentaria.

Y aunque, como digo, ha habido alguna modificación de calado entre el primer texto remitido y el finalmente llevado al Congreso (como la redacción de la Disposición Transitoria y el establecimiento ahora acumulativo –y antes no– de los requisitos para la existencia de indemnizaciones por clientela), el texto sigue sin ser el deseable.

Y es que lo que necesita el texto es una revisión profunda, y no una casi cosmética como la hecha en fase de alegaciones.

Como muestra un botón: la Exposición de Motivos, en su redacción inicial, señalaba que la ley trata de fomentar una cultura de cooperación que sirva para disminuir el “elevado grado de conflictividad del sector”. Tras manifestar en fase de alegaciones que, en relación a la franquicia, tal afirmación no responde a la realidad, el borrador presentado al Congreso ha eliminado la palabra “elevado”. Lo preocupante es que el texto contiene aspectos que tendrán, sin duda, el indeseable efecto de elevar la hasta ahora baja litigiosidad de la franquicia. No parece de recibo que, donde la actual situación debería exigir reforzar la seguridad jurídica de una forma de colaboración empresarial que puede ayudar notablemente a la creación de empleo, se camine en la dirección contraria.