**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 29**

**LA CONCESIÓN Y LA FRANQUICIA. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.** **EL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO PARA COBRO.**

**LA CONCESIÓN Y LA FRANQUICIA.**

**La concesión.**

La concesión mercantil es una modalidad de los contratos de distribución que el proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, que caducó y no ha sido retomado por el Gobierno con posterioridad, definía diciendo que en virtud de este contrato, el concesionario pone su establecimiento al servicio de un concedente para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

Estos contratos son muy frecuentes en sectores como el del automóvil.

Son importantes en estos contratos los pactos de exclusiva vinculados a los mismos, que pueden ser tanto en favor del concedente, cuando el concesionario se obliga a distribuir en exclusiva los bienes o servicios del concedente, absteniéndose de distribuir bienes o servicios similares de la competencia, como en favor del concesionario, cuando el concedente se obliga a distribuir sus bienes o servicios exclusivamente a través del concesionario, para una zona geográfica o cartera de clientes determinada, absteniéndose de comercializar tales bienes o servicios a través de otros empresarios o mediante su venta o prestación directa a los clientes.

No obstante, al tratarse de un contrato atípico, tales pactos de exclusiva no son esenciales, de forma que es posible encontrar empresas que son concesionarias de varias marcas que compiten entre sí, así como varios concesionarios de los mismos bienes y servicios para la misma zona geográfica.

La obligación esencial del concesionario es la de comercializar los productos del concedente en las condiciones fijadas por éste, que suelen contender instrucciones precisas y obligatorias a seguir por el concesionario en la comercialización de sus productos en lo relativo a la publicidad, promoción, precios, etcétera.

Las partes pueden establecer unos objetivos mínimos de comercialización o ventas de los productos del concedente, por lo que, en este caso, será obligación del concesionario cumplir esos objetivos.

Además, la comercialización por el concesionario de los bienes y servicios del concedente suele llevar aparejada la obligación del concesionario de prestar determinados servicios postventa, como el mantenimiento y reparación de los bienes o servicios comercializados, la prestación de asesoramiento al usuario de los mismos o determinados requisitos de formación y cualificación del personal del concesionario.

En ocasiones, además, se fija que el concesionario debe abonar al concedente una determinada retribución, fija o variable en función del margen comercial del concesionario, adicional al precio de los bienes o servicios que el concedente vende al concesionario y que éste, a su vez, revende a terceros.

El concedente, por su parte, se obliga a vender o suministrar al concesionario los productos en los términos pactados, pero puede contraer obligaciones adicionales como las de formación del personal del concesionario, realización de campañas de publicidad y promoción de la marca, etcétera.

La extinción del contrato se produce por las causas especificadas en los mismos, que suelen contener una regulación muy detallada al respecto.

Los contratos suelen tener una duración determinada, pero si se celebran con duración indefinida siempre será posible la extinción unilateral de los mismos con un plazo de preaviso, sea el pactado en el contrato, sea el derivado de los usos del comercio.

**La franquicia.**

Conforme al artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996, la franquicia es un contrato por el que la empresa franquiciadora cede a la empresa franquiciada el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

Además de este precepto, que se limita a definir la franquicia, esta figura está regulada por el Real Decreto de 26 de febrero de 2010 y, en el ámbito europeo, por el Reglamento de 20 de abril de 2010, que declara inaplicables con ciertas condiciones a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas como la franquicia la prohibición de las conductas restrictivas de la competencia contenidas en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de febrero de 1957.

El Real Decreto de 26 de febrero de 2010 considera actividad comercial en régimen de franquicia aquella en que el franquiciador cede al franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación, el derecho a la explotación de una franquicia sobre un negocio o actividad mercantil que el franquiciador venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados productos o servicios y que comprende, por lo menos:

1. El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los bienes objeto del contrato.
2. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular.
3. La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial y técnica.

Sin embargo, no tendrá la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil, antes estudiado, ni las siguientes relaciones jurídicas:

1. La concesión de una licencia de fabricación.
2. La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona.
3. La transferencia de tecnología.
4. La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial.

Este contrato puede ir acompañado de un pacto de exclusiva, o permitir al franquiciado explotar la franquicia directamente, a través de su propia organización, o a contratar subfranquiciados, en cuyo caso el franquiciado principal asume el papel de franquiciador respecto de los subfranquiciados.

Debido a que la franquicia suele conllevar importantes inversiones iniciales y a fondo perdido por parte del franquiciado, y con objeto de protegerle, el Real Decreto regula la información precontractual que el franquiciador debe remitir al franquiciado con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato, entre la que destacan los siguientes elementos:

1. Acreditación de tener vigente el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos del franquiciador.
2. Experiencia del franquiciador.
3. Contenido y características de la franquicia y de su explotación.
4. Estructura y extensión de la red franquiciada en España.
5. Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá:
6. Los derechos y obligaciones de las partes.
7. Duración del contrato.
8. Causas y condiciones de resolución y, en su caso, de renovación.
9. Contraprestaciones económicas.
10. Pactos de exclusivas.
11. Limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio franquiciado.

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.**

Conforme a la disposición adicional tercera de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito de 26 de junio de 2014, el *leasing* o arrendamiento financiero es un contrato que tiene por objeto exclusivo la cesión del uso de un bien, adquirido para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas.

El bien objeto de cesión debe quedar afecto a la actividad económica o profesional del usuario, y el contrato debe incluir necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario, quien sin embargo no está obligado al ejercicio de la opción.

Al margen de las anteriores normas, el contrato se rige por la voluntad de las partes, permitiendo expresamente la norma que las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero puedan realizar también actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos, lo que recibe la denominación de *leasing operativo*.

Tratándose de inmuebles, es frecuente el denominado *sale and lease back*, por el que el propietario vende un bien al arrendador financiero y a continuación se lo arrienda, de forma que el primero obtiene liquidez y puede seguir usando el bien vendido y recuperar su propiedad si ejerce la opción de compra.

Debido al carácter financiero de la actividad, solo pueden ser arrendadores las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.

**EL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO PARA COBRO.**

Como se estudia en el tema 51 de Derecho Civil del programa, la cesión de créditos, regulada por los artículos 1526 a 1536 del Código Civil, es el contrato por el que se transmite un derecho de crédito de una persona otra, permaneciendo una y la misma la obligación.

La cesión de crédito para cobro es una modalidad mercantil del contrato de cesión de crédito, y suele determinar en la práctica la existencia de un contrato de *factoring*, en cuya virtud una empresa cede los créditos comerciales que tiene frente sus clientes a una entidad financiera, que se compromete, a cambio de una comisión, a prestar un conjunto de servicios relacionados con estos créditos y, particularmente, los dirigidos a su cobro.

Este contrato sólo puede ser concertado por entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito.

La cesión de crédito que conlleva el *factoring* no es una cesión plena, sino tan sólo fiduciaria o relacionada con el cobro del crédito. Sin embargo, respecto de terceros, la entidad de *factoring* es dueña del crédito, por lo que la jurisprudencia le concede legitimación para ejercitar tercerías.

Por otro lado, en caso de impago del crédito cedido, la práctica mercantil distingue dos tipos de *factoring*, a saber:

1. El *factoring* sin recurso, que es una cesión *pro soluto*, ya que la entidad de *factoring* asume el riesgo de impago.
2. El *factoring* con recurso, en el que la cesión es *pro solvendo* y, por ende, el cedente debe reembolsar el crédito impagado.

Además, es muy frecuente que se pacte que la sociedad *factoring* financie los créditos cedidos, anticipando su importe antes del vencimiento con deducción de intereses.

Una modalidad del *factoring* es el llamado *factoring inverso* o *confirming*, por el cual una empresa encomienda a una entidad de crédito la gestión del pago de las facturas que le emitan sus proveedores a cambio de una remuneración en forma de comisión, y que normalmente va acompañado por el ofrecimiento a los proveedores por parte de la entidad de crédito de la posibilidad de anticipar el cobro de sus facturas mediante su descuento.

En este contrato no hay cesión del crédito, sino tan sólo un mandato para su cobro.

José Marí Olano

29 de julio de 2024