

## EL CONTRATO DE FRANQUICIA (ASPECTOS BÁSICOS)\*

EMILIO J. LÁZARO SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

SUMARIO: I. Preliminar. II. Significado y clasificación desde la perspectiva económica. 1. Función económica. 2. Clases. III. Concepto. 1. En la Ley. 2. El concepto en la Jurisprudencia. IV. Caracterización jurídica del contrato de franquicia. 1. Atipicidad. A) *¿Contrato de colaboración?*. B) *¿Contrato de distribución?*. C) *Licencia de explotación de bienes inmateriales*. 2. Modos operativos. 3. Contrato mixto. V. Elementos subjetivos, objetivos y contenido. 1. Elementos subjetivos. 2. Elementos objetivos. 3. Contenido. A) *Obligaciones de la empresa franquiciada*. B) *Obligaciones de la empresa franquiciadora*. VI. Fases contractuales. Bibliografía.

### I. PRELIMINAR.

La franquicia ha irrumpido tarde en el mercado español. No es hasta la década

---

\* Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en la *Jornada sobre contratos mercantiles* celebrada en Murcia, el 6 de octubre de 2000, y organizada por el *Ilustre Colegio de Abogados*, el *Instituto de Fomento* y la *CROEM*.

La aproximación al contrato de franquicia que aquí se hace prescinde, conscientemente y en buena medida, de sus implicaciones en el ámbito de la Defensa de la Competencia como acuerdo susceptible de originar restricciones verticales de la competencia; ello sin perjuicio de considerar algunos aspectos de esa disciplina, íntimamente ligados con el acuerdo de franquicia y cuya contravención podría, determinar la ineficacia del propio contrato (art. 1.2 LDC).

El interesado en el tratamiento específico de la franquicia a través del prisma del Derecho de la Competencia puede consultar, además de algunas de las obras citadas en la bibliografía al final reseñada y de las genéricas sobre ese sector normativo, las siguientes específicas: DE ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, R., «Contrato-tipo de concesión de distribución (franquicia) (Comentario a la Decisión de la Comisión de la CEE, de 17 de diciembre de 1986, sobre aplicabilidad del art. 85 del Tratado de Roma), *Noticias CEE*, núm. 39 (1988), págs. 119-124; GALÁN CORONA, E., «Los contratos de franchising ante el Derecho comunitario protector de la libre competencia (comentario a la S. del TJCEE de 28 de enero de 1986)», *RIE*, 1986, págs. 687-702; PEREZ BUSTAMANTE KOSTER, J. / DE MINGO Y DE AZCARATE, M., «Un estatuto europeo para la franquicia (Análisis del Reglamento número 4087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de acuerdos de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión), *RDM*, núm. 191 (1989), págs. 67-100; GINER PARREÑO, C.A., «Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías», *Derecho de los Negocios*, Madrid 1991, págs. 340-355; RUIZ PERIS, J.I., «Contrato de franquicia mixto de distribución y servicios: análisis comparado de su licitud antitrust en Derecho español y comunitario», *La Ley*, 1992-1, págs. 845-868; ÍDEM, «El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia», *RGD*, núm. 613-614 (1995), págs. 11255-11287.

de los ochenta cuando se empieza a expandir y de la de los noventa cuando comienza a triunfar este sistema de comercialización, aun a pesar de su solera en el mercado americano y su pionero asentamiento europeo en el francés.

El auge que la franquicia hoy tiene en España contrasta enormemente con las carencias de nuestra legislación al respecto. Ésta se encuentra conformada, esencial y concretamente, por el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre<sup>2</sup>, por el art. 62 LCM<sup>3</sup> y por el RD 2485/1998, de 13 de noviembre<sup>4</sup>, de desarrollo de ese precepto<sup>5</sup>.

## II. SIGNIFICADO Y CLASIFICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.

### 1. FUNCIÓN ECONÓMICA.

El sistema de franquicia consiste en una técnica empresarial por la que la empresa franquiciadora, concentrando y centralizando en ella el capital intangible de la red de franquicia (*know-how*, signos distintivos, patentes, derechos de autor, diseño de productos, dirección de política comercial, técnicas de venta, publicidad, marketing...), descentraliza, sin embargo, aquellos otros elementos que elevan el coste medio del producto o servicio, sobre todo, el factor trabajo. Se recurre así a pequeños empresarios *independientes*, estimulados por la asunción del propio riesgo empresarial (normalmente menor que el de un negocio independiente de similar inversión), pero grandemente controlados por la empresa franquiciadora en su comportamiento de mercado<sup>6</sup>. Control que se justifica en el fin de *salvaguardar la uniformidad* en la comercialización de los productos o en la prestación de servicios<sup>7</sup> que el público «ya» identifica por la marca que los distingue, por el rótulo

2 Aplicable a partir de 1 de junio de 2000 (art. 13).

3 Este precepto ha sido objeto de diversos comentarios doctrinales, entre ellos, el de RUIZ DE VILLA JUBANY, J., en AA.VV., *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, PRAXIS, Barcelona 1996, págs. 438-455; RUIZ PERIS, J.I., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, CIVITAS, Madrid 1997, págs. 491-510; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., en AA.VV., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del comercio minorista*, TECNOS, Madrid 1997, págs. 855-902; MARTÍNEZ SANZ, F., en *Régimen jurídico general del comercio minorista*, págs. 699-732.

4 BOE núm. 283, del 26 de noviembre.

5 Téngase en cuenta, además, el RD 157/1992, de 21 de febrero, cuya vigencia es expresamente declarada por el apartado segundo de la *Disposición derogatoria única* de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

6 Así la caracteriza, aunque al hilo de las ventajas que este sistema de comercialización conlleva, concretamente, en empresas de servicios, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3153.

7 Es «en ese control de homogeneidad respecto al plan (*marketing plan*) dispuesto por la empresa organizadora» donde ha de buscarse la «identidad característica del *franchising*», de tal modo que ese control viene a ser un elemento esencial del contrato (PAZ-ARES, C., Recensión al libro de SANTINI, *Il commercio*, en *RDM*, núms. 153-154 (1979), págs. 669-683, esp. pág. 674).

del establecimiento en que pueden encontrarse, por el nombre comercial de la empresa franquiciadora y por el *know-how* presente en su fabricación o distribución.

Por tanto, respondiendo al reto de la economía moderna, el sistema de franquicia presenta grandes ventajas económicas<sup>8</sup>:

1º) *Supresión de intermediarios*. Frente al sucursalismo y otros sistemas de acercamiento al consumidor o usuario, la franquicia elimina los costes que aquéllos generan, disminuyendo, al propio tiempo, el riesgo financiero de la empresa franquiciadora para convertirse en una fuente de financiación para ésta. De ese modo, el franquiciador teje en torno a sí una rápida maya comercial que controla y expande territorialmente a cambio de una inversión limitada.

2º) *Motivación personal del franquiciado que satisface, al propio tiempo, su deseo de autonomía empresarial*. Este empresario independiente goza no sólo del beneficio de poder usar signos distintivos fuertes, reconocidos en el mercado, sino de conocer el *know-how* y tener la asistencia del franquiciador, con lo cual ve considerablemente disminuido el riesgo que implica cualquier aventura empresarial anónima.

3º) *Atención a las necesidades y expectativas de los consumidores y usuarios*. Cada vez más, los consumidores buscan determinados productos no tanto por su propia identidad o cualidades intrínsecas sino por las prestaciones ligadas a su sistema de comercialización.

4º) *Alza en la creación de puestos de trabajo*. Frecuentemente, el perfil del franquiciado es el de un inversor que necesita personal a su cargo para el ejercicio de la empresa franquiciada. Pero, en no pocas ocasiones, ese perfil corresponde al de trabajadores que capitalizan su desempleo invirtiendo en una franquicia y creando los puestos de trabajo necesarios para las funciones que ellos mismos no pueden atender.

De ahí que, también, sea cada vez mayor el apoyo de la Administración Pública al sistema de franquicia<sup>9</sup>, propulsor de la pequeña y mediana empresa, pero que también lo sea la ampliación del control y seguimiento público sobre el mismo. Control que, en nuestro Ordenamiento, se ha plasmado en el directo *deber legal*, que recae sobre quienes pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, de obtener la correspondiente *inscripción en un Registro previsto al efecto* (art. 62.2 LCM) y *creado por el RD 2485/1988, de 13 de noviembre*.

---

8 Según las conclusiones de RIGOL GASSET, J., *La franquicia, una estrategia de expansión*, pág. 18.

9 Incluso algunas entidades de crédito han llegado a crear departamentos especializados en el estudio y viabilidad de proyectos de franquicia y en prestar sus servicios financieros a franquiciados y franquiciadores, poniendo a su disposición formas específicas de financiación.

## 2. CLASES.

Desde una amplia perspectiva económica podrían diferenciarse cuatro grandes categorías de franquicia:

1ª) FRANQUICIA INDUSTRIAL O DE PRODUCCIÓN: A través de ella el franquiciador cede al franquiciado, mediante contraprestación, una patente y/o *know-how* técnico para la fabricación de los productos que se comercializarán bajo la marca que distingue a la red, cuyo uso también se licencia [Considerando 4 del Reglamento (CEE) núm. 4087/88, para justificar la exclusión de este tipo de acuerdos de franquicia del concreto Reglamento], poniendo también en conocimiento del franquiciado los procedimientos administrativos y de gestión, así como las técnicas de venta empleadas.

2ª) FRANQUICIA DE DISTRIBUCIÓN: En este caso, la empresa franquiciadora, bien suministrando los productos que ella misma fabrica o cuya fabricación encarga a terceros, bien actuando a modo de *oficina o central de compras*, distingue los productos que se distribuyen en la red con la marca de la franquicia, a la que además aporta un *know-how* comercial experimentado.

3ª) FRANQUICIA DE SERVICIOS: A través de ella el franquiciador concede al franquiciado la facultad de prestar a terceros los servicios propios de la franquicia bajo los distintivos de la red y las instrucciones del franquiciador, el cual ha de contar con un *know-how* perfectamente definido y continuamente renovado, dado su alto riesgo de imitación.

4ª) FRANQUICIA PRINCIPAL O MAESTRA: En los contratos que tienen tal franquicia por objeto «una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados» [art.1.3.c) Reglamento (CEE) 4087/88]. En tal caso, pues, el franquiciado principal actúa como franquiciador de quienes serán los propios (sub)franquiciados, promocionando la concertación de contratos de éste tipo y asumiendo la gestión de la propia red creada, a la que prestará la asistencia comercial necesaria<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Aunque se ha defendido la inclusión de esta «*clase de franquicia*» en el concepto legal y jurisprudencial por considerarla una concreta modalidad operativa de franquicia (el art. 2. Pf. 2 del RD 2485/1988, de 13 de noviembre, puede avalar tal entendimiento), no parece que deba ser admitida su homologación de forma indiscriminada, desde el momento en que la finalidad de esta *franquicia principal* viene a ser, no la reproducción del *modelo de empresa* por el franquiciado y en su propio interés, sino la autorización a éste para *concluir acuerdos* –o mejor, *contratos de franquicia* con terceros, los (sub)franquiciados.

### III. CONCEPTO.

#### I. EN LA LEY.

El Reglamento CEE 4087/1988 definía tanto lo que había de entenderse por *franquicia* como por contrato con ese objeto [art. 1.3. a) y b)]<sup>11</sup>. Por *franquicia* se entenderá un «conjunto de derechos sobre bienes inmateriales» de *obligada explotación* en la comercialización de productos o en la prestación de servicios. Por *contrato de franquicia* ha de entenderse aquél por el cual se cede onerosamente el derecho de explotar una franquicia con cesión de uso de un mínimo de aquellos bienes y prestación de asistencia del franquiciador al franquiciado.

**Artículo 1.3 Reglamento CEE 4087/1988.** A los efectos del presente Reglamento se entenderá por:

- a) «franquicia», un *conjunto de derechos* de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, «know-how» o patentes, que *deberán explotarse* para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales;
- b) «acuerdo de franquicia», 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; [...]

Por su parte, y de forma más lacónica, el art. 62.1 LCM define el contrato de franquicia como el «acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, *cede* a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un *sistema propio de comercialización de productos o servicios*»<sup>12</sup>. Por

---

11 Aunque el Reglamento (CEE) 4087/1988 haya sido sustituido –desde 1 de enero de 2000– por el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre, aquél sigue conservando un considerable valor de referencia en orden al concepto de contrato de franquicia, ignorado en el Reglamento de sustitución. Ese valor referencial viene avalado, además, por el influjo que ejerció la norma comunitaria sobre el art. 2 del RD 2485/1998, de 13 de noviembre, en lo que se refiere a la definición de la franquicia y del contrato que la tiene por objeto.

A falta de una mejor coordinación del régimen comunitario y nacional de la defensa de la competencia, obsérvese también que el RD 157/1992, de 21 de febrero, incorporó específicamente el Reglamento (CEE) 4087/1988 al ordenamiento español por expresa remisión de su art. 1.1.e); Real Decreto éste cuya vigencia es salvada por la Ley 52/1999 *Disposición derogatoria única*. 2), no obstante haber sido ya sustituido aquel Reglamento por el hoy vigente –(CE) 2790/1999–.

12 Definición idéntica a la dada en su día por el Abogado general (Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer) en las Conclusiones presentadas el 20 de febrero de 1997 en el Asunto C-269/95, Benincasa c/ Dentakil srl.

«franquicia» habrá de entenderse precisamente eso, el objeto del derecho cuyo uso es cedido: un sistema propio de comercialización de productos o servicios<sup>13</sup>.

Ambos preceptos, no obstante su diferente terminología y amplitud expresiva, lejos de ser antagónicos se muestran complementarios, viniendo a ser el art. 62.1 LCM el elemento normativo esquemático cuya interpretación viene propiciada por el art. 1.3 del Reglamento (CEE) 4087/1988 y por el art. 2 RD 2485/1998. En efecto, que la franquicia sea considerada un *sistema propio de comercialización de productos o servicios* (art. 62.1 LCM), susceptible de ser cedido para su explotación como objeto del correspondiente contrato, se muestra como un concepto vacío y de lega expresión jurídica que podría sumir al intérprete en un mar de dudas si no fuera por la aclaración de los preceptos reglamentarios. Ese sistema propio de comercialización no puede ser otra cosa que «*un conjunto –orgánico– de derechos sobre bienes inmateriales*» susceptible de configurar una peculiar y exclusiva imagen de empresa, y que normalmente es referido con el apelativo «paquete de franquicia»<sup>14</sup>. Paquete de franquicia cuyo uso es susceptible de cesión onerosa o, si se prefiere, de licencia «*a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta*» [art. 1.3. b) Reglamento (CEE) 4087/88 y art. 2 RD 2485/1998]; contraprestación esta que, siendo esencial para el contrato, es inexplicablemente omitida en el art. 62.1 LCM<sup>15</sup>. Como también lo es la padecida respecto a la esencial prestación de asistencia comercial o técnica del franquiciador al franquiciado durante la vigencia del contrato [sí contemplada en el art. 1.3.b) Reglamento (CEE) 4087/88 y en el art. 2 RD 2485/1988].

Pero la conjunción y conjugación de esas normas permite resaltar algo que en el art. 62 LCM parece quedar diluido por el laconismo de su texto: *una cosa es la franquicia y otra el contrato por el que se cede el derecho de explotarla comercialmente*. Distinción muchas veces ignorada y cuyo olvido ha podido arrastrar confusiones sobre cuál sea el verdadero objeto del contrato. Éste viene constituido por la franquicia en sí misma y no por los productos o servicios cuya «distribución» lleva a cabo el franquiciado, a pesar de ser ésta económicamente inherente al sistema de franquicia. Tal confusión en el objeto ha arrastrado, sin

---

13 O, en palabras de algún autor, «un modelo de empresa... entendido... como conjunto de signos distintivos y de conocimientos, normalmente secretos, que permiten la creación de una estructura organizada y rentable ampliamente experimentada» (ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 193).

14 Dentro del cual se incluyen, además, otros elementos determinantes de la uniformidad tales como: diseño de los establecimientos, escaparatismo y forma de exposición de las mercancías, vestuario de empleados, métodos de venta (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3155); extensión mejormente asimilada por el art. 62.1 LCM.

15 Se muestra conforme nuestra doctrina sobre el carácter esencial de esta obligación del franquiciado [entre otros, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, págs. 64-65; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*, pág. 110; LÓPEZ ORTEGA, R., «Notas sobre el concepto de franquicia en la Jurisprudencia», pág. 1577-1578].

duda, la propia sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia que, si bien sirve a la distribución de mercancías y servicios desde un punto de vista económico, por su causa y objeto se encuentra alejado de la categoría jurídica de los llamados «contratos de distribución» (vgr. agencia, concesión)<sup>16</sup> y cercano, en cambio, a la de los contratos de explotación de derechos sobre bienes inmateriales (vgr. licencias de patentes, de marcas o de know-how, de explotación de derechos de autor) [sobre el particular se volverá *infra*].

Conclusivamente puede afirmarse, pues, que, si la *franquicia* es el *conjunto de bienes inmateriales* (y demás elementos intangibles) *susceptibles de configurar una imagen de empresa*, el *contrato de franquicia* no ha de ser otra cosa que aquél por el que onerosamente se cede el uso, o mejor, se *licencia la explotación* de ese conjunto orgánico de bienes, a fin de que el franquiciado pueda *reproducir fielmente* la imagen de la empresa franquiciadora, integrándose plena y uniformemente en la propia red de franquicia. De ahí que el objeto del contrato haya de comprender, para su lícito uso por el franquiciado, todos aquellos bienes inmateriales de la empresa franquiciadora que han sido determinantes de su consolidación en el mercado [vgr.: nombres comerciales, rótulos, marcas, *know-how*.] así como la continua asistencia comercial o técnica del franquiciador al franquiciado, que garantice la permanente reproducción de la imagen empresarial franquiciada [art. 1.3.b) Reglamento CEE 4087/1988, de 30 de noviembre y art. 2 RD 2485/1998, de 13 de noviembre]. La prestación del franquiciador será a cambio de una contraprestación financiera, directa o indirecta –normalmente en forma de *canon*– a satisfacer por el franquiciado.

## 2. EL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA.

**STS de 27 de septiembre de 1996 (R.Ar. 6646):** Declara el alto Tribunal que «desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente *independientes*, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el *derecho a utilizar* bajo determinadas condiciones de *control*, y por un *tiempo y zona delimitados*, una *técnica* en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica» [definición reiterada en STS de 30 de abril de 1998 (R.Ar. 3456) y STS de 2 de octubre de 1999 (R.Ar. 7890)].

**STS de 4 de marzo de 1997 (R.Ar. 1642):** Contrato por el que «una de las partes [que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial] otorga a la otra el *derecho a utilizar*, por un *tiempo determinado* y en una *zona geográfica delimitada*, bajo ciertas condiciones de *control*, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una *prestación*

---

<sup>16</sup> Rechaza abiertamente el encuadramiento de la franquicia entre los contratos de distribución, LÓPEZ ORTEGA, R., «Notas sobre el concepto de franquicia en la Jurisprudencia», págs. 1569-1570.

*económica*, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje»<sup>17</sup>.

Superando la miope y errática perspectiva del contrato de franquicia como licencia de marca [STS de 15 de mayo de 1985, R.Ar. 2393<sup>18</sup>] así como su concepción cercana a los de distribución [STS de 23 de octubre de 1989, R.Ar. 6951], estas dos sentencias del Tribunal Supremo que podían haberse inspirado ya, tanto en el art. 1.3 Reglamento (CEE) 4087/88, como en el art. 62.1 LCM, desprecian una exacta expresión del objeto del contrato, es decir, de lo que mínimamente haya de constituir la franquicia [*«técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios»* (STS de 27 de septiembre de 1996); *«aquello sobre lo que ostentaba la titularidad»* (STS de 4 de marzo de 1997)] para aludir someramente a la contraprestación debida por el franquiciado [*«entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje»* (STS de 4 de marzo de 1997)] y concentrar todo su esfuerzo en precisar unas condiciones de ejecución del contrato [*«control (del franquiciado por el franquiciador)», en «tiempo y zona delimitados»* (ambas sentencias), omitidas o, al menos, silenciadas por el concepto legal.

Por otro lado, no obstante la aparente fórmula genérica del art. 62.1 LCM y la más detallista del concepto jurisprudencial, éste se muestra más amplio que aquélla al dar cobijo en él, explícitamente, a las tres conocidas clases de franquicia, incluida la industrial [*«una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado»* (STS de 27 de septiembre de 1996). Clase esta última que parece apartada del concepto legal (art. 62.1 LCM) [*«sistema propio de comercialización de productos o servicios»*], influido, sin duda, por el precedente comunitario [Reglamento (CEE) núm. 4087/88] y por el propio ámbito normativo de la norma en cuestión.

Sobre la base de esas líneas conceptuales de nuestra Jurisprudencia, se ha definido el contrato de franquicia como *«aquel contrato por el que un empresario titular de la franquicia (franquiciador) cede a otro empresario (franquiciado) la utilización de los conocimientos técnicos necesarios y los elementos inmateriales de una empresa que han cimentado su éxito, para la fabricación de un producto o la comercialización homogénea de un producto o un servicio bajo la marca, los símbolos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio del pago de una cuota de entrada y de un canon periódico que se establece habitualmente en función de las ventas»*<sup>19</sup>.

## IV. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

### 1. ATIPICIDAD.

El contrato de franquicia se encuentra entre los denominados contratos

---

17 Obsérvese la influencia en el concepto jurisprudencial de la definición de este contrato que en su día diera AGUILO PIÑA, J.F.: «Consideraciones sobre el contrato de franquicia», pág. 4810, si bien descompuesta en algunos de sus términos por cada una de las dos sentencias más representativas.

18 Vid. comentario a esta sentencia de FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «Dos cuestiones candentes del Derecho de Marcas», *La Ley* 1985-4, págs. 294-301, con crítica al *dictum* de la sentencia que asimila la licencia de marca al contrato de franquicia, ignorando las corrientes jurisprudenciales norteamericana que ya empezaban a diferenciar entre franquicias de distribución y franquicias de un estilo empresarial.

19 ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 193.

atípicos<sup>20</sup>; atipicidad que no ha sido soslayada por la LCM (art. 62) y su perspectiva paupérrima del tipo contractual. Dicho precepto se limita a nombrar y configurar el contrato, prescindiendo de cualquier régimen propio, no obstante lo ampuloso de su enunciado (*Regulación del régimen de franquicia*). De ahí que el contrato de franquicia siga siendo, pues, un contrato nominado que permanece en la atipicidad al estar privado de una disciplina orgánica jurídico-privada.

La atipicidad del contrato y la necesidad de determinar y concretar las posiciones jurídicas de cada una de las partes, no deducibles claramente de los lícitos términos contractuales, imponen la averiguación de cuáles sean las prestaciones que conllevan a la finalidad económica pretendida, para, así, poder descubrir su posible afinidad con las propias de otros contratos legalmente tipificados. Tales prestaciones se concretan esencialmente<sup>21</sup>:

- para el franquiciador, en poner a disposición del franquiciado, para su uso, los bienes y elementos imprescindibles para la explotación comercial de la franquicia, comunicándole el *know-how* correspondiente y prestándole la continuada asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato (art. 2 RD 2485/1988, de 13 de noviembre);
- para el franquiciado, en explotar comercialmente la franquicia y satisfacer la prestación económica pactada.

#### A) ¿CONTRATO DE COLABORACIÓN?

En primer lugar, podría pensarse que se trata de un *contrato de colaboración*, en el simple entendimiento de que el franquiciado coopera o colabora con el franquiciador porque, al explotar la franquicia, actúa no sólo su propio interés sino también el de éste en la expansión y consolidación de la red. Pero esta perspectiva obviaría que la *cooperación* que caracteriza a los contratos de colaboración (*vgr.* mandato, comisión, agencia...) ha de ser *jurídicamente relevante*, al consistir en un actuar por cuenta de otro con eficacia en la esfera jurídica del interesado y *ajenidad* del colaborador en cuanto al resultado<sup>22</sup>. De éstos caracteres esenciales la franquicia se aparta notoriamente por cuanto que el franquiciado explota su *negocio*, no sólo en nombre, sino también por cuenta propios, de forma que en ningún caso actúa frente a terceros con heteroeficacia respecto al franquiciador; de ahí que en el de franquicia, aun siendo un contrato oneroso, el franquiciado nunca será remunerado

---

20 STS de 30 de abril de 1998, R.Ar. 3456. Ha matizado su «actual carácter típico», aunque no con rotundidad ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*, *cf.* págs. 106 y 204. Para MARTÍNEZ SANZ, quizá *lo más correcto* sea admitir en la franquicia una «*tipicidad de configuración*, aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia» («Artículo 62 LCM», pág. 707).

21 La observancia de pactos de exclusiva y la obligación de suministro de mercancías o bienes y su correspondiente pago, no son más que obligaciones accidentales que, sólo en su caso, procederán.

22 LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 3º, 2ª ed. Barcelona 1986, pág. 317.

por el franquiciador. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que ciertamente exista un interés común de ambas partes en reproducir y explotar la franquicia, a fin de que ésta obtenga el mayor éxito comercial, y de que la tutela del *interés económico* del franquiciador se materialice en la obligación del franquiciado de explotar la franquicia y tome mayor relieve cuando la compensación económica de aquél consista en su participación en los beneficios de esa explotación.

### B) ¿CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN?

Mayor parece presentarse la semejanza del contrato de franquicia con el prototípico de los de distribución: el contrato de *concesión comercial*<sup>23</sup>. Pero tal acercamiento responde más a la extensión con que viene empleándose el término, sobre todo en el ámbito económico, y al fenómeno distributivo que alguna clase de franquicia implica (no desde luego la industrial, ni la de servicios). Incluso a través de un prisma profano, la cercanía de la franquicia de distribución con la concesión comercial queda cercenada por el mayor grado de integración empresarial que aquélla representa, frente a la que ésta aparenta<sup>24</sup>. Pero desde la vertiente jurídica, si ambos contratos tienen propia autonomía no puede ser sino por la distinta función socio-económica que cumplen y que en la concesión consiste en la reventa por el concesionario de los productos suministrados por el concedente, colaborando con éste en la promoción comercial de los mismos, mientras que en la franquicia se caracteriza por el aprovechamiento que, a cambio de contraprestación, pretende hacer el franquiciado de la *imagen o estilo empresarial* diseñado y probado por el franquiciador<sup>25</sup>. Su especificidad no va conectada tanto a la distribución de productos, sino a la reproducción o *clonación* de un determinado sistema, experimentado y prestigioso, de comercializarlos<sup>26</sup>.

---

23 En un primer estadio del concepto doctrinal del contrato de franquicia, algunos de nuestros autores abogaron por su consideración como especie de concesión. Así, IGLESIAS PRADA, J.L., «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, CIVITAS, Madrid 1978, págs. 251 ss., esp. págs. 253-254; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *RDM*, núm. 177 (1985), págs. 419-485, esp. pág. 426-427; DE ELÍAS-OSTUA, R., «El franchising: tratamiento mercantil y fiscal», pág. 245. Sin perjuicio de indicar alguna diferencia, destaca igualmente la afinidad o semejanza del contrato de franquicia con el de concesión AGUILO PIÑA, J.F.: «Consideraciones sobre el contrato de franquicia», pág. 4811.

24 Para el consumidor medio, el concesionario distribuye, revendiendo, productos ajenos; el franquiciado parece distribuir los propios, como si de una sucursal se tratase. Sin embargo, tal apariencia resulta insuficiente para la neta diferenciación jurídica de ambas figuras, sin duda las que más riesgos de confusión conllevan.

25 No obstante afirmar sus *importantes semejanzas*, ALONSO SOTO sustenta la diferencia entre los contratos de concesión y de franquicia en la que existe entre la *causa vendendi* propia de la concesión y la de *cesión de uso del modelo de empresa propio del franquiciador* («Los contratos de distribución comercial», pág. 193).

26 STS de 27 de septiembre de 1996 (Fundamento de Derecho 1º):

«Su plasmación jurisprudencial [del contrato de franquicia] surge de la sentencia del TJCE -de 28 de enero de 1986- “caso Pronupcia”, según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos, y de [sic] suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) Que el franquiciador debe

### C) LICENCIA DE EXPLOTACIÓN DE BIENES INMATERIALES.

La *reproducción fiel* de la metodología o estilo empresarial del franquiciador, a cambio de contraprestación, es la finalidad socio-económica que principalmente caracteriza este contrato y en función de la cual se articula el equilibrio de las diferentes prestaciones sobre la base de un interés común: el éxito de la red de franquicia.

De ahí que el contrato de franquicia tenga *causa* más afín con la de las licencias de explotación de bienes inmateriales<sup>27</sup>. Proximidad que se sustenta en las siguientes consideraciones:

- La *empresa o negocio*, como unidad económica objetiva y desconectada de su propia sede física, puede ser considerada una *creación intelectual o un bien inmaterial* susceptible de constituir el objeto de negocios jurídicos; y el contrato de franquicia es buena prueba de ello.
- Esa unidad la constituye un conjunto orgánico *de derechos específicos sobre bienes inmateriales*, cuya individualidad pierde entidad objetiva y teleológica frente a la *organización* («paquete de franquicia») que de todos ellos realiza el franquiciador, configurando una propia y competitiva imagen empresarial susceptible de ser reproducida y, por tanto, de ser explotada.
- Sobre ese *único*, aunque complejo, *bien inmaterial* el ordenamiento no confiere una protección directa, al modo que lo hace con los que conforman las llamadas propiedades industrial e intelectual, y no atribuye, por tanto, un derecho de exclusiva. Sin embargo, sí otorga una protección indirecta, reprimiendo los actos de competencia desleal y dotando al conjunto de tratamiento unitario a efectos de su transmisión (v. gr. artículos 39 y 253 LSA) y constitución de derechos reales (v. gr. Ley de 16 de diciembre de 1954); además de una protección oblicua y distributiva por la tutela directa que hace de los distintos bienes inmateriales que integran el conjunto.

transmitir su «know-how», o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales, y b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las compañías [sic] publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador...»

27 Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3154, aunque descartando del tipo «franchising» el de productos (o franquicia de distribución) por considerarlo propia y verdadera concesión; y es que dicho autor parte de la diferencia, que ya en su día apuntó la jurisprudencia norteamericana y de la que se hizo eco FERNÁNDEZ-NOVOA (*Fundamentos de Derecho de marcas*, MONTECORVO, Madrid 1984, págs. 375-377 y «Dos cuestiones candentes del Derecho de Marcas», págs. 294-301) entre *franchising* de «distribución» y *franchising* de «estilo empresarial».

Defiende también su tratamiento como contrato sobre bienes inmateriales, RUIZ PERIS, J.I., «El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia», pág. 11257; confirmándose en *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *passim*.

Por otra parte, el Considerando segundo del Preámbulo del Reglamento (CEE) 4087/88 declara que «los acuerdos de franquicia son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial e intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o *know-how*, que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra de bienes».

- Las licencias de explotación de derechos sobre bienes inmateriales no son más que la transmisión limitada, en el tiempo y en su contenido, de las facultades de explotación de esos bienes, a cambio de contraprestación. Si esto es así, la proximidad o afinidad del contrato de franquicia se muestra indubitada por cuanto que, a través de él, se autoriza onerosamente al franquiciado, de forma objetiva y temporalmente limitada, a explotar el bien inmaterial o la creación intelectual que el «paquete de franquicia» representa como imagen empresarial susceptible de reproducción.

En definitiva, mediante el contrato de franquicia el franquiciador concede al franquiciado la facultad de explotar la *imagen empresarial*, experimentada y exitosamente probada, que ha creado, autorizándolo a reproducir *todo el sistema de identificación, organización y modo de operar la empresa*<sup>28</sup>, a cambio de una prestación pecuniaria y bajo el control del franquiciador.

## 2. MODOS OPERATIVOS.

Las licencias de explotación de derechos sobre bienes inmateriales admiten diferentes formas de articular la contraprestación pecuniaria del licenciario. Frente a la modalidad de precio *fijo y único*, se alza más frecuentemente la de pagos periódicos y no ya tanto fijos, sino variables, haciendo participar directamente al licenciante en los ingresos de la explotación del bien inmaterial objeto de licencia. Ese distinto *modus operandi* puede y tiene lugar en el contrato de franquicia, donde la cesión de uso del «paquete de franquicia» puede que sea a cambio de un precio fijo, único o periódico, o bien que tenga carácter parciario (participación proporcional o porcentual en ingresos de la explotación). Ello determina que el recurso que, en toda licencia de explotación de bienes inmateriales, ha de hacerse a las normas propias de la compraventa, del arrendamiento o de los contratos parciarios, haya de hacerse igualmente en el contrato de franquicia dependiendo del modo en que opere el equilibrio de la prestación del franquiciado.

El más frecuente modo operativo de la franquicia viene representado por la cesión de uso del «paquete de franquicia» a cambio de una cuota inicial y de un canon periódico y porcentual sobre ingresos o sobre facturación de compras del franquiciado. Siendo así, no es de extrañar que en algún caso el contrato de franquicia se tiña de rasgos asociativos o pseudo-asociativos<sup>29</sup>. Tal sucederá

---

<sup>28</sup> Según PAZ-ARES este sistema es el que se *licencia* y del que deriva *necesariamente* «el control de homogeneidad respecto al plan dispuesto por la empresa organizadora, pero no tanto como cláusula así pactada con independencia del resto del contenido obligacional del contrato, sino como un *essentialia negotii*» (PAZ-ARES, C., Recensión al libro de SANTINI, *Il commercio*, pág. 674.

<sup>29</sup> Que nunca pueden llevar a pensar en aquellas modalidades de cooperativismo comercial en las que, mediante conciertos y uniones comerciales, las PYMES se agrupan en centrales de compras que realizan campañas comerciales homogéneas y continuas. Éstas han de considerarse excluidas del fenómeno contractual de la franquicia que es, por esencia, bilateral.

cuando, sobre la base de ser simbólica la cuota inicial o mínimamente representativa de la contraprestación global del franquiciado, la cláusula parciaria introduzca un elemento de riesgo que es ajeno al contrato de arrendamiento, acercando la figura a una aparcería industrial o, en su caso, a una cuenta en participación.

### 3. CONTRATO MIXTO.

No obstante todo lo anterior, el de franquicia es un contrato *mixto*<sup>30</sup> que integra prestaciones de otros contratos, típicos o no. De ahí la obligada aplicación distributiva del régimen disciplinario de esas concretas prestaciones y correspondientes contraprestaciones que procederá en todo caso [v. gr. licencia de los pertinentes signos distintivos, de *know-how*”] o según el caso [v. gr. suministro con pacto de exclusiva].

Así, por ejemplo, serán aplicables normas propias del contrato de compraventa cuando el franquiciador provea de mercancías al franquiciado [STS de 27 de septiembre de 1996], o las del arrendamiento de servicios cuando son éstos los que se prestan por aquél a éste; o, en cualquier caso, algunas propias de este mismo arrendamiento, dada la prestación de asistencia comercial y técnica que el franquiciador ha de hacer al franquiciado durante toda la vigencia del contrato.

## V. ELEMENTOS SUBJETIVOS, OBJETIVOS Y CONTENIDO.

### 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Franquiciador y franquiciado son empresarios jurídicamente independientes [sentencias TS de 27 de septiembre de 1996 y 30 de abril de 1998].

Esa independencia se manifiesta en el ámbito interno, en el que el franquiciado gestiona, sin injerencia del franquiciador y salvo pacto en contrario, su propia empresa, asumiendo en solitario las responsabilidades y consecuencias de su misma gestión<sup>31</sup>. En la generalidad de los casos, el franquiciador ha de respetar la independencia del franquiciado en cuanto a la gestión del negocio que es de exclusiva propiedad y responsabilidad de éste. Sin embargo, *ad extra*, la explotación

---

30 GALLEGO SÁNCHEZ, E, *La franquicia*, pág. 79; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*, pág. 107; HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, págs. 550 ss; ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 193.

31 Puede resultar de interés la STS de 14 de febrero de 1998 en la que, sobre la base de esa independencia o del no intervencionismo del franquiciador en el establecimiento del franquiciado, declaró el Tribunal Supremo no ocasionado el traspaso del local de negocio, sede de dicho establecimiento, y, de ese modo, la inexistencia de subarriendo no consentido [vid. *Comentario* de ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *CCJC*, núm. 47 (1998), págs. 797-807. Con mínima antelación a esa sentencia, abordó también el problema de la colisión entre franquicia y arrendamiento urbano, CONTIJOCH PRATDESABA, J., «El contrato de “franquicia”. Su incidencia en el contrato de arrendamiento urbano», *RJC*-1 (1998), págs. 169-186].

de la franquicia le obliga a actuaciones predeterminadas por el franquiciador en el propio contrato y a acatar instrucciones posteriores de éste, justificadas ambas en la salvaguarda de la identidad y uniformidad de la franquicia<sup>32</sup>.

Quienes pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores tienen el *deber legal* de inscribirse en el *Registro* previsto al efecto (art. 62.2 LCM) y creado por el RD 2485/1988, de 13 de noviembre. Dicho Registro, de *meros efectos informativos y de publicidad*, será el Autonómico (para los franquiciadores que operen en esa concreta Comunidad) o el Nacional (para los de ámbito de actuación transautonómica o franquiciadores sin domicilio en España). Éste último depende de la Dirección General de Comercio Interior (Ministerio de Economía y Hacienda) y se formará, mínimamente, con los datos imprescindibles exigidos por el art. 7 de ese RD y las modificaciones que pudiera haber de los mismos (art. 8), facilitados ambos por las Comunidades Autónomas del domicilio de las empresas franquiciadoras (art. 10) o por éstas mismas si su domicilio no estuviera en España [art. 6.g)]. Incumplir la obligación de registro tendrá la consideración de infracción *grave* [art. 65.1.r) LCM], pudiendo ser sancionada con multa de 500.001 a 2.500.000 pesetas (art. 68.2 LCM) -sin que pueda superar el 50% de la facturación del franquiciador (art. 69.2 LCM)- y prescribirá a los dos años (art. 70.1 LCM)<sup>33</sup>.

## 2. ELEMENTOS OBJETIVOS.

### A) *PATENTES Y SIGNOS DISTINTIVOS.*

La principal finalidad del contrato de franquicia consiste en la clonación de la empresa franquiciadora para la completa identificación exterior de la franquiciada con la imagen empresarial de aquélla. A tal fin, resulta imprescindible –según el

---

32 Aunque pronunciándose sobre la actividad comercial en régimen de franquicia en cuanto al ámbito del Derecho de la competencia, resultan de gran interés los considerandos 16 a 22 de la STJC de 28 de enero de 1986 (Asunto 161/84 *Pronuptia*). Dicho Tribunal estimó que no restringían la competencia conforme al entonces art. 85.1 TCEE, *por ser razonables*: las cláusulas dirigidas a evitar la divulgación del *know-how* comunicado; la prohibición de competencia antes y después de la extinción del contrato; la también prohibición de ceder el contrato o el establecimiento sin consentimiento del franquiciador; la adopción de medidas idóneas para proteger la identidad y prestigio de la red de franquicia (obligatoria aplicación del *know-how*, presentación uniforme de los productos en establecimientos decorados según las instrucciones del franquiciador y cuyo cambio de ubicación requiere el mismo consentimiento del franquiciador, venta exclusiva de mercancías suministradas por el franquiciador o proveedores designados por él, publicidad del franquiciado según indicaciones del franquiciador) y el consiguiente control que al respecto pudiera reservarse el franquiciador.

Sobre la sentencia *Pronuptia* existen diversidad de estudios que pueden consultarse en RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, pág. 54, n. 96, comentándola el mismo autor en págs. 53 y siguientes de esa obra.

33 El incumplimiento de este deber legal, de única eficacia jurídico-pública, será determinante de las correspondientes sanciones de índole estrictamente administrativa, sin afectar a la validez del contrato de franquicia que hubiera podido celebrarse por la parte infractora.

caso— la licencia de patentes, marcas, nombre comercial y rótulo, cuyo uso constituye no sólo un derecho, sino también una obligación de la empresa franquiciada.

B) *EL KNOW-HOW* [«SABER HACER»]:

Una de las principales características de la franquicia viene dada por la comunicación que de su *know-how* hace la empresa franquiciadora a la franquiciada, a fin de que ésta lo utilice, no sólo por resultar su derecho, sino por ser también su obligación. El *know-how* está formado por una serie de conocimientos técnicos o comerciales *conservados en régimen de secreto* que mejoran sensiblemente la producción o distribución de los productos o prestación de los servicios [en la práctica ese conjunto de conocimientos puede que se plasmen por escrito en una especie de *manual operativo* de la franquicia que se entrega en depósito al franquiciado].

En el contrato de franquicia el *know-how* viene caracterizado por tres elementos:

1º) Su *esencialidad* para el sistema de franquicia, al que ha de reportar ventajas indudables en el mercado por la información que implica sobre técnicas de venta (conjunto de productos y/o servicios ofrecidos de una forma original y específica), de relaciones con la clientela y de gestión administrativa y financiera <sup>34</sup>.

2º) Su posibilidad de explotación exclusiva, por tratarse de *técnicas experimentadas no fácilmente deducibles* por terceros. La experiencia probada y la práctica exitosa permiten la formulación de este *know-how* mediante la investigación y el análisis de esa experiencia, debiendo hacerlo perfectamente identificable<sup>35</sup>.

3º) El *control* de esas técnicas y *constante actualización* de las mismas por el franquiciador.

C) *ASISTENCIA COMERCIAL Y TÉCNICA*.

La asistencia del franquiciador al franquiciado ha de tener lugar durante la vigencia del contrato. Suele comprender *directrices sobre el diseño y decoración del establecimiento, comunicación de stocks mínimos según la plaza, organización y lanzamiento de la publicidad nacional e internacional de la red*.

34 Así, ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 197.

35 En las manifestaciones previas al clausulado contractual, es de estilo declarar que «el franquiciador ha dedicado e invertido experiencia, tiempo y dinero en la puesta a punto de un sistema de comercialización, en condiciones de uniformidad, para alcanzar un mayor éxito comercial, disponiendo de todo el material necesario para el buen funcionamiento de un negocio denominado .... y de un conjunto de métodos operativos para la instalación, puesta en marcha y funcionamiento del mismo, cuyo contenido es secreto para terceros». Añadiéndose que «el antedicho método operativo es de éxito probado como lo demuestran los resultados obtenidos hasta el momento, sin que ello pueda ser interpretado como garantía de resultado bajo ningún aspecto ni concepto».

#### D) *EL PRECIO.*

En la franquicia existe un claro interés del franquiciador en participar, lo más aproximada y fidedignamente, de los beneficios de la explotación; frente a él se encuentra el del franquiciado en no arriesgar una excesiva inversión inicial así como tener garantizado un seguimiento del propio franquiciador. Para dar cobertura a ambos intereses, el precio se suele articular mediante un sistema de doble canon: el *inicial* de enganche a la red de franquicia y los *periódicos* retributivos de la actualización del paquete de franquicia disfrutado. En tanto que aquél es único (aunque pueda fraccionarse) y alzado, los cánones periódicos son regulares, pudiendo ser fijos o variables (*royalties*, normalmente, sobre el volumen de ventas o cobros de servicios realizados por el franquiciado).

#### E) *FUENTES DE APROVISIONAMIENTO.*

En su caso, es posible la determinación o imposición de *fuentes de aprovisionamiento* de materias primas o productos manufacturados que sean objeto de distribución en la red de franquicia, o de los bienes de equipo necesarios para el desarrollo de la actividad franquiciada. Y ello a fin de mantener el *goodwill* de la red de franquicia y la uniformidad de imagen empresarial.

### 3. CONTENIDO.

La simbiosis empresarial que surge, no sólo entre franquiciador y franquiciado sino entre éstos y la propia red de franquicia, impone el más alto nivel de *lealtad* en el cumplimiento de un contrato que, igualmente, deberá estar presidido por una ubérrima buena fe de las partes (art. 57 Ccom), impositiva de *conductas oportunistas*<sup>36</sup>.

#### A) *OBLIGACIONES DE LA EMPRESA FRANQUICIADA.*

Las obligaciones del franquiciado vienen a ser coincidentes, en gran medida, con las propias de un licenciatario de derechos de explotación sobre bienes inmateriales. Y su concreción ha de partir del hecho de que, aun no siendo un elemento esencial del contrato la concesión al franquiciado de una *exclusiva territorial* [analogía artículos 75.5 LP y 48 y 50 LPI], las más de las veces resulta

---

<sup>36</sup> Exigencias proclamadas y argumentadas sobre los artículos 10 y 11 LCA, por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3154. Cita, *ad exemplum*, como conductas exponentes de las oportunistas: las actuaciones independentistas y autónomas del franquiciado con trascendencia en la reputación general de la cadena; o la desigualdad de trato de los franquiciados, por parte del franquiciador, que conlleve discriminaciones injustificadas (art. 16 LCD). En semejante sentido, ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», págs. 193-194.

ser esa exclusiva el verdadero determinante de la eficacia económica de la incorporación del franquiciado a la red, y la cláusula que la contiene un pacto incontestable para que éste pueda rentabilizar su inversión en la franquicia<sup>37</sup>.

1ª) *Obligación de explotar la franquicia* según lo pactado o los usos del sector, desplegando la actividad necesaria para la efectividad de la explotación, según los índices de calidad conformes con la reputación de la red<sup>38</sup>. Tal obligación resulta no sólo de la analogía con lo dispuesto en el art. 48.2 LPI<sup>39</sup> (en el caso de *franquicia con exclusiva*), sino de la propia inserción de la cláusula parciaria (en el caso de fijación de cánones porcentuales), así como en el deber, al finalizar el contrato, de devolver el «paquete de franquicia» *tal como lo recibió* el franquiciado, en términos análogos a lo dispuesto en el art. 1.561 CC.

Consecuentemente, el franquiciado se someterá, en su actividad externa, a las *instrucciones del franquiciador* acordes con su concepción de la franquicia, con el mantenimiento de la imagen uniforme de la red y con la custodia que de la misma compete al franquiciador. En tal sentido resultan razonables instrucciones relativas a fuentes de aprovisionamiento, precios de venta -o de prestación de los servicios- máximos o recomendados<sup>40</sup>, técnicas de venta, sistemas y campañas promocionales, *stocks* mínimos (*inventario ideal*), uniformidad de los propios establecimientos (decoración, mobiliario, presentación de productos o servicios, escaparatismo), formación de personal, asistencia integral de clientes dentro de la red...

A través de un prisma negativo, el franquiciado no podrá modificar o alterar el régimen de explotación de la franquicia sin el consentimiento del franquiciador (art. 1.557 CC). El incumplimiento de esta obligación podría también ser considerado, en su caso, como un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y, por tanto, un acto de competencia desleal (art. 5 LCD).

Como cesionario de las facultades de explotación que sobre la franquicia pertenecen al franquiciador, al franquiciado no sólo ha de considerársele legitimado para perseguir las violaciones que afecten a las facultades y derechos concedidos [analogía con lo dispuesto en el art. 48. Pf. 1º *in fine* LPI<sup>41</sup>, para la franquicia con

37 No obstante, la propensión que el franquiciador pueda tener a concederla en el momento de implantación de la red irá cambiando a resistencia a medida que ésta se extienda y se consolide.

38 Vid. SAP BARCELONA de 16 de diciembre de 1996 (AC 1650) para un caso de incumplimiento contractual justificante de la denuncia unilateral del contrato por pésima calidad en la prestación a los usuarios de los servicios propios de la franquicia.

39 Cfr. también art. 64.4º LPI.

40 La imposición de precios de venta *fijos* o *mínimos*, además de resultar contraria a la libertad de que debe gozar el franquiciado y de alejarse del cauce de lo *razonable*, excluiría el acuerdo vertical de franquicia de la exención genérica prevista en el art. 2 del Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de Diciembre [DO nº L 336 de 29 de diciembre] (art. 4).

41 Los atentados a las facultades de explotación concedidas, que sean posteriores a la celebración del contrato y no traigan causa de una posible inexistencia o falta de legitimidad del franquiciador respecto de esas facultades, deben ser directamente reprimidos por el franquiciado, porque a él corresponde proveer la tutela de sus facultades (art. 1.560.Pf. 1º CC y analogía art. 75.2 LP), sin perjuicio de que tales perturbaciones hayan de ser reprimidas, en su caso, por el franquiciador al no ser aquéllas de mero hecho (artículos 1.554.3º y 1.560.Pf. 2º CC).

exclusiva], sino obligado a *colaborar en la legítima defensa de los derechos de franquicia*, debiendo comunicar al franquiciador cualquier acto de tercero capaz de lesionar sus derechos al respecto (artículos. 511 y 1.559 CC)<sup>42</sup>.

2ª) *Obligación de secreto* en relación con el contenido del paquete de franquicia, de forma que desaparezca el riesgo de que los métodos del franquiciador sean aprovechados por un competidor (analogía art. 76.2 LP). Se justifican, así, cláusulas como las que subordinan al consentimiento del franquiciador la cesión de los derechos de franquicia o la eventual *cesión del establecimiento*<sup>43</sup>; y las que prohíben la participación del franquiciado en sociedades competidoras<sup>44</sup>.

3ª) *Obligación de no competir*, que no se extingue con el contrato. Es frecuente en el clausulado contractual una estipulación limitativa de los productos o servicios ofertables en el establecimiento o la prohibitiva de desarrollar el mismo género de comercio objeto de la franquicia, incluso tras su extinción. En cualquier caso, habrán de tenerse en cuenta las limitaciones temporales que, por razón de defensa de la competencia, coartan la libertad en su determinación<sup>45</sup>, sin perjuicio de que haya de reconocerse ilimitada en el tiempo la restricción relativa al uso y cesión de los conocimientos técnicos que, no siendo de dominio público, se hubieran puesto en conocimiento del franquiciado [*vid.* art. 9 Reglamento (CE) 2970/1999].

4ª) *Pago de los cánones fijados contractualmente*. Es respecto de esta obligación donde pueden existir mayores variaciones según el modo operativo del pago. Lo cual obligará a tener en cuenta los preceptos propios del pago del precio fijo (según régimen de la compraventa), del de las rentas (según el del arrendamiento) o de la rendición de cuentas y correspondiente liquidación (según el específico de los contratos parciarios). En este último caso, donde el franquiciado hará la liquidación rindiendo cuenta justificada de sus resultados (art. 243 Ccom), es donde se justifica el control que el franquiciador puede efectuar sobre los estados contables del franquiciado relacionados con la actividad de franquicia (art. 133 Ccom).

En su caso, obviamente, el franquiciado habrá de pagar también el precio de las materias primas, mercancías o productos suministrados por el franquiciador.

5ª) Accesorias y eventualmente, el franquiciado puede quedar obligado al

42 Sostiene esta obligación ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 198.

El art. 3.2.c) Reglamento (CEE) 4087/1988 contempla la posibilidad de imponer contractualmente al franquiciado las obligaciones de «informar al franquiciador de toda infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos, emprender acciones legales contra los infractores o asistir al franquiciador en cualquier acción legal que decida interponer contra aquéllos».

43 Al respecto, *vid.* SAP Huesca de 20 de noviembre de 1998, AC 2476, en la que se reconoce la exigencia de consentimiento del franquiciador en tales casos, aun a falta de pacto expreso en tal sentido, por aplicación del art. 1.258 CC.

44 *Vid.* SAP Navarra de 11 de noviembre de 1999, AC 2446.

45 El TDC en Res. de 18 de julio de 1995 (AC 1399) consideró que era *razonable* como plazo post-contractual de no competir el máximo de un año.

*aprovisionamiento exclusivo* por el franquiciador, o proveedores autorizados por él, de materias primas, productos o bienes de equipo, cuando sólo éstos puedan suministrar las imprescindibles para mantener la imagen común y el prestigio de la red de franquicia<sup>46</sup>. El pacto en ese sentido, que suele ser la contrapartida de la concesión de una exclusiva territorial al franquiciado, implicará la adición de prestaciones propias del *suministro* con pacto de exclusiva o, en su caso, de las del contrato *estimatorio* en su vertiente de venta condicional<sup>47</sup>.

Justificadas en el mantenimiento del prestigio de la franquicia y de su homogeneidad, en los contratos de franquicia suelen establecerse cláusulas que, al conferir al franquiciador ciertas facultades de control o seguimiento de las actividades del franquiciado, implican otros tantos deberes u obligaciones, siquiera accesorios, del franquiciado<sup>48</sup>. Nuestra Jurisprudencia ha reconocido la obligación de sometimiento del franquiciado a *control* del franquiciador, entre otras, en STS 27 de septiembre de 1996 (R.Ar. 6646) y en la de 4 de marzo de 1997 (R. Ar. 1642).

Es frecuente, en la práctica, la inserción de cláusulas penales que fortalezcan el cumplimiento de algunas de las obligaciones del franquiciado. Cláusulas posibles al amparo y en los términos de los artículos 56 Ccom y 1152 a 1155 CC, donde la pena suele traducirse en un tanto múltiplo del canon medio mensual referido a un determinado período de tiempo.

## B) OBLIGACIONES DE LA EMPRESA FRANQUICIADORA:

1ª) *Puesta a disposición* del franquiciado *del «paquete de franquicia»*, que se realizará a través de la entrega de todas las artes necesarias para la reproducción de los signos distintivos cuyo uso se licencia y la puesta en conocimiento del *know-how* inicial y permanente. La transmisión del *know-how* inicial se hará, usualmente, mediante la entrega del manual operativo de la franquicia y la prestación de la asistencia primera prevista en el propio contrato a tal fin. La del *know-how* permanente se traduce, más propiamente, en una obligada asistencia permanente.

---

46 Así, ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 197, para quién dicha obligación se encontraría sometida a dos límites: uno subjetivo de ineficacia frente a suministros realizados por otros franquiciados o distribuidores autorizados; otro objetivo de no ampliación a accesorios o piezas de recambio, cuya adquisición ha de ser libre (pág. 198).

El TDC, en Res. de 18 de abril de 1990, consideró contrario a la libre competencia el acuerdo que imponía al franquiciado el abastecimiento exclusivo del franquiciador para todas las mercancías, sin perjuicio de una posible autorización (en su caso) [sobre el particular puede verse, RUIZ PERIS, J.I.: *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, págs. 167 ss.

47 Vid. al respecto LÁZARO SÁNCHEZ, E., *El contrato estimatorio (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*, Madrid 1997, págs. 9-32.

De interés en orden a la diferencia entre adquisición en firme o con cláusula estimatoria en una franquicia, STS de 27 de octubre de 1994 (R. Ar. 7867).

48 En ese sentido, igualmente, SAP Barcelona de 16 de diciembre de 1996, AC 1650.

2ª) *Obligación de orientación y asesoramiento continuo*. Ésta implicará la de conocer el propio mercado en el que se desarrolla la franquicia, para que, además, pueda parcelar y ubicar adecuadamente las exclusivas territoriales, en su caso, de los distintos franquiciados. Dentro de esa genérica obligación de asesoramiento se incluirá la más específica de *informar al franquiciado* en relación con los cambios en la estrategia comercial de la red de franquicia<sup>49</sup>.

3ª) *Garantía de la existencia y legitimidad de las facultades concedidas*. El franquiciador debe garantizar que las facultades de explotación de la franquicia existen y le pertenecen al tiempo de celebración del contrato (art. 348 Ccom)<sup>50</sup>, respondiendo ante el franquiciado de la *originalidad* del «paquete de franquicia» y del ejercicio pacífico de las facultades de explotación de la franquicia [analogía artículos 65.2º y 77.2º LPI; y art. 1.554, pf. 3º CC].

4ª) *Mantenimiento del valor del paquete de franquicia*, impidiendo la desvalorización del *goodwill*. Por lo cual, el franquiciador habrá de llevar a cabo todas aquellas actividades de la empresa que son objeto de *centralización* [publicidad (excepto la local), marketing, desarrollo de nuevos productos, nuevas técnicas de venta...] y que se revelen imprescindibles para mantener el prestigio de la propia red.

5ª) En su caso, *obligación de aprovisionamiento*<sup>51</sup>. Si en el transcurso de la relación contractual y bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, el franquiciador pretendiera obtener y obtuviera precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el contrato, su conducta tendrá la consideración de desleal [art. 16.2.b) LCD].

No es esencial la prestación de servicios de garantía a los productos franquiciados, sin perjuicio del establecimiento de pacto en ese sentido.

## VI. FASES CONTRACTUALES.

Conviene diferenciar cuatro momentos:

1º) *Fase precontractual*: A fin de evitar que personas falaces pretendan hacer creer la existencia de una buena idea comercializable o vendan fórmulas ineficaces a cambio de un canon de entrada, dispone el art. 62 LCM que con 20 días de antelación a la celebración del contrato o precontrato de franquicia, o entrega por el franquiciado de cualquier pago o anticipo, el franquiciador *deberá haber entregado al futuro franquiciado, por escrito, la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de*

---

49 Aunque sobre la base de una aplicación analógica del art. 11.2b) LCA, lo defiende también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3155.

50 *Vid.* también art. 77.1 LP.

51 Sobre el incumplimiento de esta obligación *vid.* SAP Orense de 14 de noviembre de 1998 (AC 2256).

*franquicia y, en especial, aquellos datos establecidos en el art. 7 del RD de 13 de noviembre de 1998*<sup>52</sup>.

El incumplimiento de este deber, o la omisión de datos exigidos, sería determinante de un comportamiento antijurídico que, de no llegar a celebrarse el contrato, puede desencadenar, en su caso, la responsabilidad del franquiciador por *culpa in contrahendo*; y, de haberse celebrado, la propia anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento y un deber de resarcimiento de los concretos daños producidos y probados. Del mismo modo, una *publicidad* informativa de la empresa franquiciadora que pueda haber inducido a error a los potenciales franquiciados [art. 4 LGP] o a su confusión [en los términos, por ejemplo, del art. 6. b) LGP] puede ser declarada engañosa o desleal, respectivamente, quedando abierta la posibilidad de accionar, en el caso, por la vía de la publicidad ilícita<sup>53</sup>. Sin perjuicio de esas consecuencias y de las eventuales responsabilidades derivadas, ese mismo incumplimiento constituye infracción leve, sancionable con apercibimiento o multa de hasta 500.000 pesetas (arts. 64 y 68.3 LCM).

Sobre la información facilitada, el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad (art. 8 RD 13 de noviembre de 1998) cuyo incumplimiento, sin perjuicio de implicar el de la propia cláusula que lo imponga en un eventual precontrato de franquicia, puede ser igualmente determinante de un acto de competencia desleal por *violación de secretos* (art. 13.1 LCD).

2º) *Momento de la perfección*. El contrato es consensual, pero su duración y propia complejidad, aconsejan su redacción por escrito, la cual resulta imprescindible, aunque a diferentes efectos<sup>54</sup>, en las distintas cesiones de bienes inmateriales, según su legislación específica<sup>55</sup>.

52 Éstos, en síntesis, vienen a ser los referentes a: *identificación del franquiciador*, con reseña, en su caso, de datos registrales y de capital social, así como del *master* franquiciador; *acreditación* de títulos habilitantes (propiedad, licencias...) para la cesión de uso de los derechos de propiedad industrial comprendidos en la franquicia; indicación del *sector económico* en el que se desenvuelve la actividad franquiciada; *experiencia* habida en ésta; *explicación general del sistema de la franquicia*; forma de organización de la red, con indicación del número de establecimientos que la forman en el mercado español; y aspectos esenciales del contenido contractual.

También habrán de facilitarse las *condiciones generales* que regirán tras la celebración del contrato (art. 5.1 Ley 7/1988 sobre condiciones generales de la contratación).

Para esta fase previa del contrato de franquicia, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., «Artículo 62 LCM», págs. 716-730; RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, págs. 125-239.

53 Así, HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, págs. 98-101.

54 A los de validez de la licencia de patentes (art. 74.2 LP) que, en su caso, pudiera conllevar el contrato y a los de eficacia frente a terceros de la licencia de marca (art. 43 LM).

55 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3156, considera aplicable al caso, por analogía, el art. 22 LCA. Sin embargo, parece más acorde con la proximidad del contrato de franquicia a las cesiones de bienes inmateriales -postura con la que también se identifica ese autor-, la consideración analógica de lo dispuesto genéricamente en el art. 45 LPI y, de ese modo, entender que: «deberá formalizarse por escrito. Si previo requerimiento fehaciente, el franquiciado incumpliere esta exigencia, el franquiciador podrá optar por la resolución del contrato».

3º) *Vigencia del contrato*. Como contrato atípico, el de franquicia se registrará, primeramente, por la voluntad de las partes según las cláusulas contractuales (artículos 1.091 y 1.255 CC), respetando y cumpliendo sus términos de acuerdo con las normas generales de la contratación y con las específicas que le sean aplicables [vgr. art. 62 LCM, RD 2485/1988, de 13 de noviembre].

La tipicidad social de este contrato y el hecho de subyacer en él una clara función económica que lo caracteriza serán determinantes de que los usos y costumbres comerciales del sector sean decisivos tanto a la hora de interpretar esa voluntad como a la de integrarla.

No obstante la unidad de causa, la conjugación que en el contrato de franquicia se hace de prestaciones propias de otros contratos permite predicar del mismo, igualmente, un carácter mixto, que determinará su sometimiento distributivo a lo dispuesto en los tipos contractuales a que sean reconducibles las prestaciones de las partes.

4º) *Extinción del contrato*. La franquicia se extingue por las causas generales de extinción de los contratos (vencimiento del término pactado, mutuo disenso, resolución por incumplimiento contractual<sup>56</sup>...). No procede su extinción por aquellas otras específicas de los contratos duraderos de colaboración (desistimiento unilateral, muerte o declaración de fallecimiento de la parte...), dada la falta de afinidad de causa entre éstos y el de franquicia, más próximo -como se ha defendido- a la cesión de uso de bienes inmateriales.

En lo que al *vencimiento del término* se refiere, el de franquicia es un contrato de duración al que si se fija término<sup>57</sup> suele hacerse mediante el acompañamiento de una cláusula prorrogativa o de renovación, sin perjuicio de la posibilidad de impedir anticipadamente el automatismo con el que esa prórroga o renovación operan. En tal caso, la voluntad disconforme habrá de notificarse a la parte contraria con la antelación suficiente a fin de evitar que el contrato llegue a prorrogarse o ser renovado, que la decisión y su notificación puedan considerarse adoptada y hecha abusivamente o sin respeto a la buena fe contractual, y que, como consecuencia de ello, surja el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados [vid. art. 16.3 a) LCD].

El *incumplimiento* esencial y grave de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes justifica, para la contraria, la resolución del contrato (art. 1.124 CC) que, no obstante, habrá de ser notificada a la que lo incumplió, sin necesidad, en este caso, de observar un plazo de preaviso. El contrato se dará por extinguido, pues, a la recepción por la parte denunciada de la notificación escrita en la que consten la voluntad y causa extintivas.

---

<sup>56</sup> Se trata de un contrato bilateral al que, por tanto, es aplicable el art. 1124 CC (STS de 4 de marzo de 1997).

<sup>57</sup> El plazo será normalmente el mínimo suficiente para permitir al franquiciado amortizar la inversión realizada, oscilando en la mayoría de los casos entre tres y nueve años.

Se considerarán casos propios de incumplimiento del franquiciado:

- que no inicie la actividad de franquicia en el plazo y condiciones convenidas, o que, una vez iniciada, la interrumpa sin justa causa;
- que no reproduzca fielmente la imagen empresarial de la franquicia o no la explote conforme a los usos habituales del sector, perjudicando tanto la imagen y prestigio de la red como las cotas de productividad que fueron base del contrato;
- que no satisfaga la remuneración estipulada en el tiempo o períodos pactados;
- que, en el supuesto de ser proporcional la remuneración, no rinda cuentas a su tiempo o cometa fraude en la administración o contabilidad de la empresa franquiciada;
- que impida el ejercicio de la facultad de control concedida en el contrato al franquiciador;
- que ceda indebidamente sus derechos a tercero;
- que realice actuaciones competitivas que le estén prohibidas;
- que falte gravemente al cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones esenciales impuestas en el contrato de franquicia.

Por su parte, incumplirá el franquiciador:

- que no ponga, en plazo, el paquete de franquicia a disposición del franquiciado;
- que no preste el asesoramiento requerido para el desarrollo de la actividad de franquicia;
- que asuma un intervencionismo excesivo, asfixiando la independencia empresarial del franquiciado;
- que no mantenga el *goodwill* de la franquicia, desvalorizándolo con su conducta omisiva o apática;
- que no provea, conveniente ni oportunamente, las mercancías o productos comercializados a través de la red;
- que incumpla gravemente las demás obligaciones esenciales asumidas en el contrato.

Ciertamente la relación contractual de franquicia se ha articulado sobre la base de una «confianza» entre las partes que, recíprocamente, esperan un hacer de la contraria que redunde en su respectivo y, hasta cierto punto, común interés. Pero esa «confianza», que en este caso no es la base de actuaciones por cuenta ajena, es la misma que el autor tiene en el editor y éste en aquél o el titular de la marca en el licenciario de ésta y viceversa. Y si en tales casos no procede una libérrima posibilidad de *desistir unilateralmente* del contrato, tampoco ha de proceder en el de franquicia, donde sólo la analogía con lo dispuesto en el art. 25 LCA podría

defender una solución contraria, adecuada para los contratos de colaboración duradera, más no para los de cesión de uso bienes inmateriales. Sólo en el caso de que el contrato de franquicia se haya celebrado por tiempo indefinido, el *desistimiento unilateral* de cualquiera de las partes podría poner fin al mismo, dado lo inadmisibles de una vinculación perpetua, y ello sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que puedan derivarse en el supuesto de que tal desistimiento no fuera actuado de buena fe, con su conveniente *preaviso*.

La extinción del contrato producirá como efecto inmediato el *cese* del franquiciado en la explotación de la franquicia. Dicho cese se materializará tanto en el de uso de los *signos distintivos* a través de los cuales venía desarrollando su actividad de franquicia como en el del *know how* que la caracteriza y que no haya llegado a ser de general conocimiento<sup>58</sup>. Respecto de éste, la imposibilidad de que vuelvan a ser secretos los conocimientos revelados al franquiciado ha de implicar la obligación post-contractual, no sólo de abstención de uso por el propio franquiciado sino también la del mantenimiento de su secreto; mientras que aquélla suele venir respaldada, en la práctica, por el frecuente y más amplio pacto de no competencia, ésta última puede serlo mediante la inserción de cláusulas penales que actúen, con rigor, como cláusulas disuasorias de la difusión del secreto.

En cualquier caso en el que proceda la *indemnización de los daños y perjuicios* padecidos por el franquiciado, para la valoración de éstos no puede perderse de vista su integración económica en la red de franquicia y el hecho de la absoluta pérdida de valor de las inversiones realizadas por el franquiciado una vez que se extingue el contrato<sup>59</sup>.

A los efectos extintivos, una hipotética e indiscriminada aplicación analógica de las normas del contrato de agencia –como tanto se ha defendido por algún sector de la doctrina– implicaría el amplio reconocimiento al franquiciado de un derecho a indemnización compensatoria por clientela. Ello supondría ignorar la diferente naturaleza y función económica de los contratos de agencia y de franquicia y otros datos diferenciales de importancia entre el agente y el franquiciado: aunque ambos sean empresarios independientes, esa independencia se tiñe de rasgos *laborales* en el caso del agente<sup>60</sup>, primando, sin embargo, el factor *inversionista* en el del empresario franquiciado; la actuación del interés del principal que realiza el agente es directa, mientras que la que pudiera entenderse que hace el franquiciado del

---

58 En la SAP Madrid de 17 de diciembre de 1996 (AC 2585) se consideró acto de competencia desleal a tipificar de confusión (art. 6 LCD) mantener «el especial color azul de la fachada, la moqueta del suelo de la tienda, las etiquetas, papel de envolver y cintas con la marca *de la franquiciadora*» y, de imitación (art. 11 LCD), mantener el rótulo del mismo color y con letras de similares características, aun cambiando el signo denominativo, todo ello después de haberse extinguido el contrato de franquicia.

59 Así lo afirma ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Franchising», pág. 3156.

60 Como se ha afirmado por PÉREZ DE LA CRUZ, la LCA ha introducido ciertas normas «cuyo contenido recuerda al que es propio de la legislación laboral» como son: la declaración del carácter imperativo de sus preceptos (art. 3.1), la competencia del Juez del domicilio del agente para conocer las acciones derivadas del con-

interés del franquiciador es indirecta, en tanto que reflejo de la que realiza en interés propio; mientras que el agente *promueve* la contratación de los productos o servicios propios del principal, generando o ampliando el círculo de la clientela y obteniendo su beneficio de las *comisiones correspondientes*, el franquiciado se *aprovecha* lícitamente de la imagen empresarial de la red de franquicia, alcanzando su beneficio con la reventa —o la prestación de servicios que integran la franquicia— a clientes ya seducidos por aquella imagen y su prestigio e incondicionales de la franquicia, sea quienes fueren los dueños de los establecimientos franquiciados<sup>61</sup> y el lugar en el que éstos se ubiquen<sup>62</sup>.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el cesionario de derechos de autor o el licenciatario de una marca, por ejemplo, obtienen las utilidades que son inherentes a la obra o signo licenciado explotándolos y generando o ampliando una clientela que, sin duda, será potencialmente mayor en función de su buen hacer al respecto, sin que por ese solo hecho tengan derecho a una indemnización compensatoria, en ese concepto, una vez extinguidos los correspondientes contratos. Del mismo modo, tampoco ha de tenerlo el franquiciado que explota la *creación intelectual* del franquiciador, que por lo demás, ya ha sido probada y verificada como fórmula exitosa de empresa. Todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de que, en algún concreto supuesto, pueda el franquiciado accionar frente al franquiciador, tras la extinción del contrato, por la vía del enriquecimiento injusto si tal fuese el caso.

---

trato, con la consiguiente nulidad de los pactos en contrario (*Disposición adicional*) y la determinación de los derechos de indemnización del agente para caso de extinción del contrato celebrado por tiempo indefinido, que «guardan cierta concomitancia con la indemnización por despido en el mundo laboral» (PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica», en AA.VV. *Contratación mercantil*, CDC, monográfico 1998, Madrid 1999, págs. 25-37, esp. pág. 30).

61 *Vid.* los planteamientos de nuestra jurisprudencia sobre las consecuencias indemnizatorias de los contratos de distribución y los cambios de criterio habidos en la misma, recogidos sintéticamente por ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», pág. 200-201.

62 De ahí que tampoco proceda la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 34 LAU, en el que igualmente se establece una compensación por clientela, pero para el caso de arrendamiento de local de negocio, donde, obviamente, la importancia de la sede física del establecimiento en el que se ha venido ejerciendo la actividad comercial pasa a ser de primer orden. Téngase en cuenta, además, que del supuesto de hecho de dicha norma se desprende que *el arrendador arrendó y, por tanto, entregó, solamente la finca* (o puede que incluso algunas otras cosas destinadas a ser utilizadas en la explotación por parte del arrendatario), siendo así que *la actividad comercial, la empresa llevada a cabo luego en el inmueble no fue organizada por él sino por el arrendatario*. Por lo tanto la clientela generada y conectada al inmueble arrendado se debe exclusivamente al esfuerzo organizador del arrendatario, del que se beneficiará indudable el arrendador al extinguirse el arrendamiento.

## BIBLIOGRAFÍA:

- AGUILO PIÑA, J.F.: «Consideraciones sobre el contrato de franquicia», *RGD*, núm. 507 (1986), págs. 4807-4842.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz «Franchising», *EJB*, vol. II, CIVITAS, Madrid 1995, págs. 3153-3158.
- ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en URÍA, R. / MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil II*, Madrid 2001, págs. 167-221.
- CARDELÚS I GASSIOT, L., *El contrato de franchising*, PPU, Barcelona 1988.
- DE ELÍAS-OSTUA, R., «El franchising: tratamiento mercantil y fiscal», *HPE*, nº 94, 1985, págs. 233 ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*, MCGRAW HILL, Madrid 1995,
- GALLEGRO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, TRIVIUM, Madrid 1991.
- HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, CIVITAS, Madrid 2000.
- LÓPEZ ORTEGA, R., «Notas sobre el concepto de franquicia en la Jurisprudencia», en AA.VV., *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, T. II, CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES, Madrid 1998, págs. 1560-1580.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Artículo 62 LCM» en AA.VV., *Régimen jurídico general del comercio minorista*, MCGRAW HILL, Madrid 1999, págs. 699-732.
- RIGOL GASSET, J., *La franquicia, una estrategia de expansión*, EINIA, Barcelona 1992.
- RUIZ PERIS, J.I., «El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia», *RGD*, núms. 613-614 (1995), págs. 11255-11287.
- RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, CIVITAS, Madrid 1991.
- RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, ARANZADI, Navarra 2000.