

El contrato de Franquicia: aproximación a su significado desde una perspectiva civil.

Autor: Olga de Lamo Merlini

Doctorado de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Con la pretensión de aportar mediante este trabajo los apuntes necesarios para proporcionar las líneas básicas del contrato de franquicia en el ordenamiento español, lo primero a tener en cuenta es que su aparición se vincula a las necesidades derivadas de los deseos de expansión de los comerciantes. Unas necesidades que, carentes de cobertura jurídica específica, habrán de conducir a la aparición de una nueva figura contractual diseñada *ad hoc*. Por ello, puede decirse que es uno de los ejemplos de cómo la realidad social avanza siempre un paso por delante del Derecho, proporcionando soluciones a sus exigencias. Una afirmación que puede matizarse, en la medida en que si ello es así es porque el segundo pone a disposición de la primera un instrumento jurídico formidable: el principio de autonomía de la voluntad.

1º. EL CONTRATO DE FRANQUICIA: ORÍGENES HISTÓRICOS

De esta forma, en atención a lo dicho, en los orígenes del contrato de franquicia se sitúan dos factores: la convergencia de dos intereses mercantiles y la imposibilidad jurídica de canalizarlos satisfactoriamente recurriendo, exclusivamente, a alguna de los esquemas contractuales establecidos. Así, en cuanto a lo primero, tales intereses suponen, de un lado, los deseos de expansión comercial de aquellas empresas que, dotadas de una fórmula de éxito en su actividad, no desean emprender su ejercicio de forma directa en determinados ámbitos geográficos. Una fórmula de éxito que comprende no sólo un conjunto de derechos sobre bienes inmateriales relacionados con la categoría de la propiedad intelectual, sino, además, las directrices que, utilizadas por el titular en su ejercicio, permiten que aquél pueda ser definido como un sistema comercial específico y estructurado.

Ahora bien, al lado de esta primera intención aparece otra convergente, resumida en la voluntad de un segundo que está dispuesto a emprender la actividad aludida en dicho territorio, clonándose con la primera mediante el uso del sistema mencionado, pero manteniendo su independencia, es decir, sin integrarse en la organización que el primero pudiera poseer.

Como consideración previa a la exposición de los antecedentes del actual contrato de franquicia, hay que tener en cuenta que, para algunos autores, el origen de la figura se encuentra en la Edad Media, y, más concretamente, en los privilegios concedidos por el Soberano - a través de las denominadas “cartas francas” -, que posibilitaban el ejercicio en determinados territorios del Reino de ciertas actividades, como la caza o la pesca¹ Con todo, para la doctrina, las raíces de esta figura contractual se encuentran en Estados Unidos, en donde a principios del siglo XX, según el esquema descrito, determinadas grandes empresas se ven abocadas a una nueva forma de colaboración por razón de las limitaciones impuestas por las legislaciones antimonopolio². De esta forma, la franquicia aparecerá como aquel acuerdo por el que aquéllas permiten a la contraparte *“la reproducción idéntica de su negocio (o una parte de éste) sobre la base del uso de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular, de la asistencia técnica y la supervisión constante, a cambio de una*

¹ En este sentido Ailed Morejón Grillo, que, además, señala como *“actuaron en su nombre en la recolección de los diezmos debidos a la iglesia, permitiendo que un porcentaje de lo recaudado fuera para ellos, a título de comisión y el resto para el Papa. Después del triunfo de la Revolución Francesa, la palabra desaparece junto con los privilegios otorgados a los nobles, y no es hasta el siglo XIX que renace en el Nuevo Continente, con una concepción diferente. No obstante, no se puede establecer exactamente en qué año vuelve a utilizarse esta figura, aunque puede ubicarse en los inicios del siglo XIX, tras la guerra civil en Estados Unidos de América”*. Así, parece que la primera carta franca documentada pertenece a la ciudad francesa de Chambey – marzo de 1232 -.

Asimismo, para el autor, *“así también la Iglesia Católica, en el Medioevo, otorgaba privilegios singulares a grupos de individuos para el uso de su nombre o enseña. Estos privilegios facultaban a los franquiciados oficiales, a recolectar impuestos, usando el nombre de la Iglesia. Un porcentaje de esos tributos quedaba en manos de los oficiales y el grueso era llevado a las arcas del Vaticano”*. Ailed Morejón Grillo, en *“El Contrato de Franquicia”*, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Universidad de Málaga. www.eumed.net.

² Manel Rajadell Carreras, *“Las empresas conjuntas (joint ventures) internacionales creadas por las empresas catalanas. Factores de éxito”*. Tesis doctoral. Universitat Politècnica de Catalunya, Terrassa, 1998. recurso electrónico.

Para Morejón Grillo, *“el primer antecedente de Franquicia en los Estados Unidos fue probablemente el otorgamiento a particulares, por vía legislativa para la explotación de algunos servicios públicos o “public utilities” como fue el caso de los ferrocarriles y los bancos”*. Ailed Morejón, *“El contrato...”*, (op. cit.).

prestación”³. Un contrato atípico, que fundado en la libre voluntad de los contratantes, está llamado a internacionalizarse -ante la aptitud que demuestra para la consecución satisfactoria de los fines pretendidos con su existencia -, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial, por razón de las circunstancias económicas y sociales convergentes⁴.

Sobre esta breve descripción, cabe preguntarse cuál es su actual situación dentro del ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta que las claras connotaciones mercantiles presentes han supuesto, en aras de la protección de la libre competencia, su sujeción a un conjunto de normas comunitarias de aplicación preferente.

2º. EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En atención a lo dicho, parece conveniente iniciar la exposición de la normativa propia del contrato con los Reglamentos comunitarios que, por razón de la naturaleza jurídica del Derecho comunitario, se han integrado directamente en el ordenamiento español. Así, hay que señalar, de un lado, el Reglamento (CE) núm. 4087/88, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado tercero del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia, y, de otro, el Reglamento único de exención n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, que ha de resultar de aplicación directa a los acuerdos de franquicia que afectan al mercado comunitario y nacional. Aun cuando

³ Para Morejón Grillo, es la J. M Singer la primera en utilizar la figura contractual analizada, pues, ante las dificultades económicas por las que atravesaba, optó por vender “*a sus comisionistas las máquinas de coser, a 60 dólares, las mismas que éstos vendieron, posteriormente, con un margen de utilidad razonable, y por las que la compañía Singer cobró un porcentaje a esos concesionarios, por otorgarles exclusividad en determinados territorios. A partir de ese momento, comenzó a cobrarles a sus vendedores, en vez de pagarles, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que hoy se denomina como el primer esquema de concesionarios en Estados Unidos*”.

Dentro de este esquema, también hay que señalar empresas como Coca-Cola o General Motors, que, ante la imposibilidad de emprender por sí mismas la distribución de sus productos, recurrieron a contratos de colaboración que, suponiendo la independencia jurídica del colaborador, les permitieron evitar la legislación antitrust. Con todo, es necesario tener en cuenta que, en el ámbito europeo, puede que la primera empresa en utilizar el sistema de franquicia sea la francesa “La Lainiere de Roubax”, a principios del siglo XX. Aided Morejón Grillo, “El contrato...”, (op. cit.).

⁴ Así, el incremento tanto de la población cuanto del poder adquisitivo, el retorno de unos excombatientes carentes de formación superior, la aparición de nuevas tecnologías...

es cierto que este segundo vino a derogar y a sustituir al anterior, éste conserva “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”⁵.

En lo referente al Derecho interno, la normativa básica se contiene en la Ley 7/1996, de Ordenación del comercio Minorista, que dedica el Capítulo VI del Título III a la actividad comercial en régimen de franquicia, disponiendo su art. 62 – según la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo - que:

“1º. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un 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.

2º. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán

⁵ Emilio J. Lázaro Sánchez, en “El contrato de Franquicia (aspectos básicos)”. Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 18, 2000. Páginas 91 a 116.

El art. 2º RD 2485/1998, disponía que “a los efectos del presente Reglamento se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a 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 o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «saber hacer», y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.

Se entenderá por acuerdo de franquicia principal aquél por el cual una empresa, el franquiciador, le 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.

Asimismo, la actividad comercial en régimen de franquicia se deberá ajustar a lo establecido en el Reglamento CEE número 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, o en la disposición que lo sustituya”.

En la actualidad, dicha norma ha sido derogada por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, que no sólo no se aparta de la definición dada por el derogado Reglamento, sino que, a su imagen y semejanza, diferencia entre la franquicia, como objeto del contrato, y el acuerdo en sí mismo considerado.

comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas.

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

3º. Asimismo, con una antelación mínima a veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciador al franquiciado de cualquier pago, 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 franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias”.

Se trata del único precepto de la mencionada norma dedicado al contrato de franquicia, que, por otra parte, ha de ser de aplicación común, ya que su existencia se ampara en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante del artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución⁶. Por último, en lo que se refiere al desarrollo reglamentario requerido por el legislador, hay que tener en cuenta el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que sustituye al RD 2485/1998.

⁶ El apartado 2 del artículo 62 tiene la consideración de norma básica, dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución – Disposición Final Única de la Ley 1/2010 –.

Asimismo, no cabe descuidar que estamos ante un contrato caracterizado tanto por afirmarse doctrinalmente como atípico, cuanto por presentar una doble vertiente civil-mercantil. De ahí que su normativa no pueda verse limitada a lo ya expuesto, ya que habrá de comprender todos aquellos otros preceptos que resulten necesarios por razón de la materia. En este sentido, y con una intención meramente ejemplificativa, es posible señalar las normas generales de contratación contenidas en el Código Civil – amén de aquéllas propias de las figuras afines y que resulten analógicamente aplicables, como la compraventa o el arrendamiento -; las leyes referentes a patentes, marcas y propiedad intelectual, en general; todo el conjunto normativo referente a la defensa de la competencia, la protección de datos, y, en última instancia, las leyes fiscales⁷.

Con todo, considero que para finalizar esta somera exposición hay que tener especialmente presente que la franquicia, como se ha señalado, nace al amparo del principio de autonomía privada de voluntad. Un origen que obliga a situar en el centro de las normas que constituyen su marco jurídico aquéllas fruto del acuerdo entre las partes – para las que son ley – art. 1091 CC -, siempre que los “*pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, [...] no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público*”, ex art. 1255 CC.

3º. CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

No resulta tarea fácil alcanzar un concepto del contrato de franquicia, en la medida en que la normativa aplicable proporciona dos definiciones que, para la doctrina, no son coincidentes⁸. Así, en primer término, el art. 62. 1º LOCM dispone que por tal habrá de

⁷ Para algún autor no existe ningún Convenio internacional que contenga normas materiales sobre la franquicia. Sin embargo, tratándose de franquicias internacionales, pudiera ser de aplicación el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En este sentido, Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”. Editorial Trivium, S.A, 1991.

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia - su vigésimo segunda edición -, el término “franquicia” tiene las siguientes acepciones:

1. *f. Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público.*
2. *f. Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada.*

entenderse aquel acuerdo “*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*”. De otro, el actualmente vigente Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, define en su art. 2º dicha actividad como “*aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:*

- a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.*
- b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y*
- c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”.*

Se trata, por tanto, de dos conceptos diversos. Así, básicamente, porque el proporcionado por la LOCM adolece de una excesiva amplitud, ya no sólo por omitir tanto la definición de lo que denomina “*sistema de comercialización*” cuanto toda referencia a uno de los elementos definitorios del contrato – su onerosidad –, sino por no diferenciar entre este y su objeto – la franquicia –⁹. Sin embargo, no por ello han de

3. f. Der. *En el contrato de seguro, cuantía mínima del daño a partir de la cual surge la obligación del asegurador.*

Hay que resaltar que es la segunda de las acepciones la que más se ajusta a la definición de éste contrato, y que, curiosamente, la Academia no considera que ésta sea propia del lenguaje jurídico, del ámbito del Derecho.

⁹ Se trata de una “*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. [...] Tal confusión en el objeto ha arrastrado, sin 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*

resultar incompatibles, ya que parece ser que ambas definiciones, reflejando la naturaleza dual de la franquicia, habrían de responder a fines distintos, de forma que buscando aquélla determinar el “*ámbito de aplicación de las normas que regulan la fase precontractual contenida en el art. 62 LOCM*”, la segunda “*determina a qué contratos de franquicia es aplicable la exención por categoría en el ámbito comunitario y también en el nacional*”¹⁰. Es decir, mientras que el concepto de franquicia proporcionado por la LOCM busca delimitar de entre todos los acuerdos relativos a la distribución comercial aquéllos que han de ser considerados contratos de franquicia a los efectos de su sujeción a la normativa relativa a los deberes precontractuales, la definición reglamentaria operaría sólo dentro del ámbito de la defensa de la competencia.

Así, puede decirse que la amplia delimitación efectuada por la LOCM, en opinión de la doctrina mercantilista, da cobertura a acuerdos que no forman parte de la categoría desde un punto de vista económico, tal y como pudieran ser los contratos de licencia de know-how, cuando éste consista en un “*sistema de comercialización de productos o de servicios, los de concesión, [...] y aun de distribución selectiva en que concedente o fabricante proporcione al concesionario o distribuidor un sistema propio de comercialización*”, sin que en ellos esté presente uno de los rasgos definitorios del contrato analizado: la identificación total del establecimiento de franquiciado con el del franquiciador, mediante el uso de los signos de éste¹¹.

Expuestas las nociones legales y reglamentarias, doctrinalmente es común afirmar que el contrato de franquicia es aquel acuerdo de voluntades por el que “*una persona física o jurídica, denominada franquiciador, autoriza a otra, denominada franquiciado, a ejecutar un modelo de empresa creado por la primera y que se*

objeto se encuentra alejado de la categoría jurídica de los llamados «contratos de distribución»”. Emilio J. Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”; (op.cit).

¹⁰ Juan Ignacio Ruiz Peris, “*De la actividad comercial...*”, (op.cit.). Con todo, cabría señalar que la conclusión no podría ser otra, en la medida en que una norma reglamentaria carece de toda aptitud para proceder a la modificación de la definición proporcionada por una legal, aun cuando ésta no hubiere respetado la noción dispuesta por el Derecho comunitario.

¹¹ Juan Ignacio Ruiz Peris “*De la actividad comercial en régimen de franquicia*”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*”. José Luis Piñar Mañas y Emilio Beltrán Sánchez, directores. Editorial Civitas.

*encuentra en explotación, a cambio de un precio o ventaja económica de cualquier tipo, que normalmente no viene vinculada a la obtención de beneficios por parte del franquiciado”*¹². Así, a la luz de las definiciones expuestas cabe plantearse cuáles son las características de este contrato, siendo usual, en este sentido, que se le afirme como atípico, bilateral, sinalagmático, y de tracto sucesivo.

Prescindiendo del análisis tanto de la onerosidad cuanto de la bilateralidad, en la medida en que no parece que presenten dificultades en su comprensión, cabe iniciar el estudio de la caracterización propuesta por la proclamada atipicidad, ya que no existe hoy en día una opinión unánime al respecto. Así, de una parte, para algunos autores no cabe duda de que en la actualidad la franquicia, continúa siendo un contrato atípico, al entender que *“la atipicidad no ha sido soslayada por la LCM (art. 62) y su perspectiva paupérrima del tipo contractual”*, puesto que *“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”¹³. Sin embargo, para otros, no es posible que la situación jurídica de la franquicia pueda ser entendida como sinónima de la atipicidad, ya no sólo porque, en puridad, esta calificación haya de quedar reservada para aquellos negocios carentes de regulación legal, sino porque quizás sea posible entender que los usos derivados de los pactos entre las partes han devenido en auténticas costumbres que impiden la configuración pretendida. En este sentido, no hay que descuidar la existencia de una serie de códigos de conducta elaborados por los franquiciadores¹⁴ que, resultando de obligatorio

¹² Juan Ignacio Ruiz Peris, en *“De la actividad...”* (op.cit). En el mismo sentido, Emilio J. Lázaro Sánchez, lo define como *“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 por el franquiciador al franquiciado”*. Emilio J. Lázaro Sánchez, *“El contrato de franquicia (aspectos básicos)”*, Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 18, 2000 (recurso electrónico).

Por último, cabe señalar la existencia de un concepto jurisprudencial, que ha ido decantándose en la doctrina del Tribunal Supremo, y en el que resulta esencial la determinación, no del objeto del contrato, sino de sus condiciones de ejecución. Así, las SSTs de 27 de septiembre de 1996 y de 4 de marzo de 1997, en las que se resaltan tanto la exigencia de que el derecho de explotación tenga una vigencia temporal y geográficamente limitada, cuanto que se ejerza bajo el control del franquiciadora.

¹³ Emilio J. Lázaro Sánchez, *“El contrato...”*. (op.cit). En el mismo sentido, Ailed Morejón Grillo, *“El Contrato...”*, (op.cit).

¹⁴ Por ejemplo, el de la Asociación Española de Franquiciadores (AEF). www.franquiciadores.com

cumplimiento, disponen cuál ha de ser el contenido y el significado del contrato. En este orden, entiendo que es necesario tener en cuenta dos consideraciones.

Así, de un lado, que aun cuando es cierto que la mayoría de las normas relativas al contrato de franquicia, buscando directamente la defensa de la libre competencia, presentan una naturaleza mercantil, es posible que dicho régimen se muestre poliédrico, en la medida en que sus reglas, pese a dicho fin, habrían de tener un reflejo en el contenido jurídico-privado del contrato. De otro, que *“probablemente, lo más correcto sea entender que, en la actualidad, la franquicia es un contrato que goza de «tipicidad de configuración», aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia”*¹⁵. De esta forma, cabe preguntarse cuáles han de ser las normas legales a las que habrá de acudir, *ex art. 1258 CC*, aun cuando sólo sea a los efectos de seleccionar un patrón al que acudir cuando, ni las normas en la materia, ni la voluntad de las partes, hayan previsto una solución a los posibles conflictos. Un planteamiento que, buscando determinar la naturaleza de la franquicia, enlaza, además con la última de las características señaladas, que lo define como un contrato de tracto sucesivo.

En este sentido, y atendiendo al funcionamiento real del contrato, un sector doctrinal considera que la franquicia es, ante todo, un contrato de colaboración, cuya finalidad no puede resumirse en la enajenación de los productos o los servicios del franquiciador, sino que supone el establecimiento de una relación jurídica duradera por la que las partes se obligan, ante todo, a cooperar en la reventa de aquéllos¹⁶. No se

¹⁵ Fernando Martínez Sanz, *“De la actividad comercial en régimen de franquicia”*, en *“Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista”*. Francisco José Alonso Espinosa, José Antonio López Pellicer, José Massaguer Fuentes y Antonio Reverte Navarro, coordinadores. Editorial Mc Graw Hill.

¹⁶ Esperanza Gallego Sánchez, en *“La Franquicia”*, (op.cit). Con todo, la autora señala que las posibilidades de identificación del contrato dependerán de la vertiente del mismo que se considere preponderante desde un punto de vista teleológico. Así, *“desde una perspectiva causal se aprecian, fundamentalmente, dos líneas de opinión, [...] la de aquellos que intentan despejar el tema de la naturaleza jurídica atendiendo a lo que se ha identificado como la función económica que la franquicia incorpora, esto es, la comercialización de determinados bienes y/o servicios – vertiente distributiva – y la de aquellos otros que prefieren hacer hincapié en la transmisión de ciertos derechos inmateriales. vertiente industrial –“*.

En contra de la consideración de la franquicia como contrato de colaboración, parece que en ésta es esencial que una de las partes actúe por cuenta de la otra, de forma que dicho comportamiento ha de suponer una afectación de la esfera jurídica del representado. Emilio Lázaro Sánchez, en *“El contrato...”* (op.cit).

trata de una opinión indiscutida, ya que los autores consultados difieren en sus conclusiones, y, así, para otros la figura contractual cuyo régimen ha de considerarse como el marco de referencia de la franquicia ha de ser el contrato mercantil de agencia, ya que, si bien aquélla presenta una naturaleza jurídica mixta, “*que combina elementos de licencia (en sentido amplio), de colaboración y de distribución, [...], parece que habrá que acudir a la disciplina de la agencia, por tratarse del único contrato de distribución que se encuentra regulado*”, de forma que “*es susceptible de suministrar una suerte de derecho general de la distribución comercial, aplicable analógicamente, cuando concurran los requisitos para ello*”¹⁷.

Con todo, y sin pretender que las opciones que se señalan constituyan un resumen de las existentes, es una constante en la doctrina concluir que el contrato de franquicia es una figura contractual mixta, especialmente afín a las licencias de explotación de bienes inmateriales, por dos consideraciones.

En primer lugar, porque no puede olvidarse que estamos ante un acuerdo por el que se pretende la utilización de un conjunto estructurado de derechos específicos sobre creaciones intelectuales, durante un tiempo limitado y a cambio de una contraprestación. Así, la franquicia puede comprenderse como la concesión al franquiciado de la facultad “*de explotar la imagen empresarial, experimentada y exitosamente probada, [...], autorizándolo a reproducir todo el sistema de identificación, organización y modo de operar la empresa, a cambio de una prestación pecuniaria y bajo el control del franquiciador*”¹⁸.

De otro lado, porque no parece que quepa otra afirmación a la hora de ofrecer una conclusión sobre la naturaleza jurídica de la figura analizada, en la medida en que ni las prestaciones que en ella pueden integrarse, ni los problemas derivados del cumplimiento o de la extinción de aquéllas pueden resolverse acudiendo a un único régimen normativo, sino que exigirán la utilización de aquéllos otros que pudieran

¹⁷ Fernando Martínez Sanz, en “*De la actividad...*”; (op.cit). Para Lázaro Sánchez en la franquicia lo definitorio no es la reventa de los productos proporcionados por el franquiciador, sino el “*aprovechamiento de la imagen o estilo empresarial diseñado y probado*” por éste. Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”; (op.cit.).

¹⁸ Emilio J. Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”; (op.cit).

resultar inexcusables por razón de la sede jurídica a la que aquéllos pertenezcan. Así, y sólo a modo de ejemplo, la normativa propia del contrato de compraventa en los supuestos en los que el franquiciador provea de mercancías al franquiciado, o el régimen propio del arrendamiento de servicios en cuanto a la prestación por el franquiciador de la requerida asistencia técnica en la explotación de la franquicia.

4º. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Al fin de proceder a la explicación del contrato parece conveniente, ante su complejidad, recurrir a los esquemas clásicos que implican su sistematización en dos puntos básicos: las partes – elemento subjetivo -, y su objeto -elemento objetivo -.

4.1º. Las partes del contrato.

Así, en cuanto a las primeras, tanto el art. 62.1º LOCM cuanto el art.2.1º del Reglamento exigen que en éstas concurra la condición de empresa. De esta forma, *prima facie*, su estudio remite al Derecho mercantil, en cuanto parece que ha de ser éste el sector del ordenamiento encargado de proporcionar el significado jurídico de dicho término. Cabe, así, exponer brevemente lo que ha de entenderse por tal¹⁹.

En una primera aproximación, la empresa es una actividad económica organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y servicios en el

¹⁹ Como presupuesto, es necesario tener en cuenta que, sociológicamente, la empresa es una unidad económica resultante de la organización de elementos personales y materiales, cuya finalidad es la producción de bienes y servicios para el mercado. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, no es posible pretender la elaboración de un concepto resultante de la mera trasposición de la definición expuesta, en la medida en que, para el Derecho, la realidad “empresa” implica una pluralidad de facetas que pueden abordarse desde diferentes aspectos, que hace imposible la existencia de una noción jurídica única en la que se resuma dicha complejidad. Así, para el Derecho, la empresa es un fenómeno multidisciplinar, que puede presentar en cada uno de los sectores del ordenamiento - mercantil, laboral, administrativo y fiscal, esencialmente-, un significado propio y adecuado a sus fines. De todo ello es posible afirmar, no sólo el que no exista un concepto jurídico común a todas las disciplinas que se ocupan de la misma, sino, además, el que tal noción unitaria ni siquiera existe en el ámbito del Derecho mercantil.

mercado. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho mercantil, y aun cuando es usual su identificación como Derecho de la empresa, la empresa no es un verdadero sujeto de derechos, condición que recae en su titular, el empresario. De esta forma, lo primero a tener en cuenta es que el término “*empresa*” como parte del contrato de franquicia no puede ser entendido en un sentido literal, sino como alusivo a la persona física o jurídica que ostenta dicha condición²⁰.

De esta manera, parece que en el momento de la conclusión del contrato es necesaria la concurrencia de la condición de empresario en las partes. Ahora bien, siendo cierta tal afirmación en lo que se refiere al franquiciador - el art. 2.1º RD 201/2010 exige que el derecho de explotación que se concede venga referido a la franquicia sobre un negocio o actividad mercantil que aquél venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito -, como señala Ruiz Peris, la necesaria consideración del franquiciado como empresa en tales momentos no parece que resulte tan obvia, de forma que sea necesario entender que el requisito señalado haya de estar presente no en el tiempo de la celebración, sino en aquel otro en el que comience la ejecución de la explotación cedida.

Ahora bien, en este sentido, y puesto que es el Derecho mercantil el encargado de determinar quiénes pueden ser parte del contrato, quizás fuera posible entender que, en la medida en que aquél niega la condición de empresario a determinados sujetos por razón de la naturaleza de la actividad que desarrollan, la franquicia no haya de suscribirse siempre entre empresas. Sería el caso, a modo de ejemplo, de aquéllas en las que el sistema cedido en su uso venga referido al ejercicio de profesiones liberales, como los despachos profesionales. Una conclusión que, sin embargo, parece que puede rebatirse, no sólo porque el mencionado sistema se afirme expresamente como “*comercial*”, sino porque no hay que descuidar que la LOCM tiene por fin la regulación

²⁰ Con todo, hay que tener en cuenta que “*el uso del término empresa por el legislador, independientemente de cualquier valoración doctrinal sobre su corrección, abre la posibilidad de interpretación del contrato de manera amplia, siguiendo las líneas de interpretación de empresa del Derecho comunitario. En particular la referencia al término empresa es de especial utilidad en aquellos casos en los que los diferentes elementos cuyo uso autoriza el franquiciador al franquiciado, [...] procedan de sujetos distintos, esto es, que gocen de una personalidad jurídica diferenciada, pero que formen una única unidad económica. En estos casos, podrá imputarse al franquiciado la conducta de los distintos sujetos y éste vendrá sometido a las reglas establecidas en el art. 62 LOCM*”. Juan Ignacio Ruiz Peris, en “*De la actividad...*”; (op.cit).

general del comercio minorista, consideraciones que excluyen la inclusión en la figura contractual regulada por el art. 62 LOCM de lo que, quizás, habrían de ser franquicias meramente civiles²¹.

Cabe ahora analizar cuáles han de ser los requisitos de capacidad que franquiciador y franquiciado han de presentar a los efectos de la perfección del contrato que pudieran suscribir. En este sentido, y en atención a lo señalado, ha de ser la legislación mercantil la que nos proporcione la solución, cuyo punto de partida no puede ser otro más que el Código de Comercio, en cuyo art. 4 se dispone que “*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes*”²². Evidentemente, los problemas propios de la valoración de la concurrencia de los requisitos de capacidad en las partes del contrato no pueden solucionarse sólo con lo dicho. Así, de un lado, porque se hace necesario tener en cuenta un conjunto de prohibiciones relativas al ejercicio del comercio, que, pese a no suponer una afectación de la capacidad jurídica del sujeto afectado, le impedirán la realización de los actos y contratos propios del comercio -en este sentido, no podrán ejercer la profesión mercantil una serie de categorías de sujetos, como jueces, magistrados, funcionarios del Ministerio fiscal,..., *ex* art. 14 CCO -. De otro, en sentido contrario, porque “*los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padre o sus causantes*” – art. 5 CCO -²³. Todo ello sin perjuicio de otra serie de consideraciones como, por ejemplo, la consecuencia que el incumplimiento de las exigencias reseñadas habría de suponer para la suerte del contrato - nulidad relativa o anulabilidad -, la posibilidad de que dichas exigencias hayan de cumplirse por el

²¹ Juan Ignacio Ruiz Peris, en “*De la actividad...*” (op.cit). Parece que el autor plantea un problema que se resume en la imposibilidad de aplicar a éstas las normas del régimen de la franquicia que presenten una naturaleza exclusivamente mercantil, es decir, todas. Ahora bien, por razón de la evidente analogía entre unas y otras, y en la consideración – ya efectuada – de que los deberes de información precontractual regulados en el art. 62 LOCM no encuentran su fundamento en la normativa comunitaria de defensa de la competencia, pudiera ser posible que el régimen previsto en la LOCM también hubiera de aplicarse a éstas.

²² En este sentido, el art. 1263 CC niega la validez del consentimiento contractual prestado por los menores no emancipados y los incapacitados. Evidentemente, en relación a éstos últimos, será la sentencia en la que se declare la incapacidad la que resulte determinante de la esfera en la que resulte predicable.

²³ No son los únicos problemas que pueden derivarse del análisis de los requisitos de capacidad que han de cumplir las partes del contrato. Así, por ejemplo, aquéllos que encuentran su origen en las prohibiciones de celebrar determinadas compraventas dispuestas en el arts. 1459 CC.

franquiciado no en el momento de la celebración, sino en el de la ejecución, la existencia de requisitos adicionales dispuestos por normas mercantiles especiales, los supuestos de autocontratación...

Por último, es necesario tener en cuenta que las partes han de ser jurídicamente independientes. Es decir, la concesión al franquiciado del derecho a la explotación de la franquicia no puede suponer su inserción en el ámbito del poder del franquiciador, del que resulte su representante, distribuidor o mandatario. Por el contrario, aquél desarrollará una actividad comercial por cuenta propia, asumiendo los riesgos derivados – independencia *ad intra* -, por mucho que, como señala Lázaro Sánchez y cara al exterior, resulte obligado a desarrollar “*determinadas 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*”.

4.2º El objeto del contrato.

En lo referente al objeto del contrato, parece procedente que su estudio se desglose en dos apartados: de un lado, el análisis del concepto de “*franquicia*”, y, de otro, la determinación del derecho que respecto de la misma se concede. Así, en cuanto a lo primero, el punto de partida ha de ser al art. 2.1º RD 201/2010, ya que la LOCM sólo habla de “*sistema de comercialización*”, sin que nada más aporte respecto de su significado. De esta forma, en atención al primero y aun cuando éste tampoco proporciona una definición expresa, parece que por tal habrá de entenderse, cuando menos, un conjunto de bienes inmateriales que necesariamente habrá de incluir la “*denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y la prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente*”.

Ahora bien, dicho lo anterior, parece lógico considerar que la obligación de asistencia por parte del franquiciador no forma parte del concepto de franquicia, por mucho que su colaboración resulte imprescindible a los fines de proceder al efectivo ejercicio del derecho concedido. De esta forma, puede que el objeto del contrato, la franquicia como tal, ha de ser conceptuada como el conjunto de bienes inmateriales que, protegidos por derechos de propiedad industrial, se afirman como un sistema orgánico de distribución de bienes o servicios determinante de una específica y exclusiva imagen de empresa. Dicha definición, construida sobre los datos que proporciona el RD 201/2010, no es compartida por toda la doctrina consultada, en la medida en que si hay que entender que esta norma busca exclusivamente la delimitación de las franquicias que han de quedar sometidas al régimen de exenciones previsto por el Derecho comunitario, es posible que la franquicia tenga un objeto de mayor amplitud, de forma que *“por sistema de comercialización puede entenderse desde las simples indicaciones de marketing respecto a la venta estacional de determinados productos, hasta un completo modelo de empresa que implica necesariamente el uso de signos distintivos idénticos en el establecimiento público del que es titular el franquiciador y en el establecimiento del franquiciado. El precepto no aclara cuál es la extensión que debe tener el método de comercialización. En todos los casos incluidos en el abanico de posibilidades que existe entre estos extremos cabría, al menos en principio, aplicar las reglas contenidas en el art. 62 LOCM”*²⁴.

La última de las cuestiones que se plantea en este orden guarda relación con un requisito que parece afirmarse implícitamente en el RD 201/2010: la exigencia de que el sistema de comercialización pertenezca al franquiciador. En este sentido, y sin que aparezcan discusiones en torno a la exigencia de que éste ha de ostentar la titularidad de

²⁴ Juan Ignacio Ruiz Peris, en *“De la actividad...”* (op.cit). Con todo, hay que señalar que es consustancial al contrato tanto la cesión en la explotación de algún tipo de derecho de propiedad industrial o intelectual – patente, marca, nombre comercial, rótulo -, cuanto el denominado *“know-how”*, expresión con la que se hace referencia a 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”*.

Así, *know-how* vendrá determinado por tres características: su esencialidad para el sistema de franquicia, su posibilidad de explotación exclusiva – por no tratarse de técnicas de conocimiento general -, y el control y la actualización de dichas técnicas por el franquiciador. Emilio Lázaro Sánchez, en *“El contrato...”*; (op.cit.).

En este sentido, puede resultar interesante hacer constar el concepto de *know-how* que es utilizado por la Asociación Española de Franquiciadores. Así, por tal se considera el *“conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del franquiciador (previamente testadas por él mismo). Es secreto, sustancial e identificable”*.

los derechos de propiedad industrial o intelectual comprendidos en la cesión, los problemas parecen plantearse en lo referente a la imposibilidad de que dicha titularidad dominical resulte predicable del conjunto organizado en el que éstos se sustancian, en la medida en que no existe norma que prevea dicha protección²⁵. De esta manera, parece que lo único de jurídicamente se exige es que el sistema sea propio del franquiciador en el sentido de que lo conozca y lo utilice, pero, por razón de la *“inespecificidad del precepto estarán sometidos a las reglas del art. 62 tanto aquellos franquiciadores que conozcan su sistema y lo utilicen, [...] cuanto aquellos otros que simplemente lo conozcan y lo comuniquen al franquiciado, sin haberlo explotado por sí mismos en un establecimiento piloto”*²⁶.

De forma somera, y como cuestión previa al análisis del segundo de los temas planteados, quizás sea conveniente introducir una referencia a las diferentes clases de franquicia, que, siguiendo a Lázaro Sánchez, pueden esquematizarse diferenciando entre cuatro grandes categorías.

1º. Franquicia industrial o de producción, que tiene por fin la fabricación de productos que se comercializarán bajo la marca que define a la red.

2º. Franquicia de distribución, en la que el franquiciador suministra los productos que serán distribuidos por el franquiciado con la marca de la franquicia.

3º. Franquicia de servicios, a través de la cual el franquiciado prestará aquéllos propios de la franquicia bajos los distintivos de ella.

²⁵ Como señala Lázaro “Sánchez, *“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 unitarios a efectos de su transmisión, [...] y constitución de derechos reales”*. Emilio Lázaro Sánchez, en *“El contrato...”* (op.cit).

El mismo autor señala cómo sobre el franquiciador recae la obligación básica de garantizar la existencia y legitimidad de las facultades cedidas. A mero beneficio de inventario, quizás pudiera considerarse que, en el fondo, la obligación no es tal, en la medida en que en aquellas situaciones hipotéticas en las que el sistema comercial cedido no fuese propio del franquiciador, o cuando éste no estuviera legitimado para la constitución de la licencia, podría hablarse, más que de incumplimiento, de nulidad – por falta de objeto -, o anulabilidad - por error esencial en la cualidad de la cosa -.

²⁶ Juan Ignacio Ruiz Peris, en *“De la actividad...”* (op.cit).

4º. Franquicia principal o maestra, cuando el franquiciador le otorgue al franquiciado, denominado principal, el derecho a explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado.

En cuanto al significado del derecho cuya constitución resulta de la celebración del contrato, el art. 62 LOCM afirma que su finalidad no es otra más que la cesión²⁷ de un derecho a la explotación. Y, en este sentido, es posible entender que tal derecho no supone otra cosa que la utilización limitada en el tiempo y en el espacio del denominado “*paquete de franquicia*”, es decir, no supone otra cosa que la facultad de reproducir todo el sistema operativo, de identificación, y de organización en el que aquél se sustancie.

5º. LA VIDA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

El estudio de la existencia del contrato ha de tener como punto de partida el análisis de la fase precontractual, expresión con la que se hace referencia al conjunto de actos que, precediendo a su celebración, tienen por fin, precisamente, su suscripción. Un conjunto de actuaciones que, además, en la franquicia presentan una especial relevancia, aun cuando sólo sea porque su regulación constituye el centro de gravedad del régimen que les dedica la LOCM en su art. 62.

5.1º. La formación del contrato y el deber de información precontractual.

En este sentido, y con carácter previo, es necesario tener en cuenta que “*es común la doctrina que estima que en los tratos preliminares las partes no quedan*

²⁷ Parece claro que pese a que, literalmente, toda cesión es una renuncia, el fin del contrato no es otro más que la constitución del derecho de explotación. Una “creación” que, implícitamente, habrá de suponer para el franquiciado la renuncia a la utilización de su propio sistema de comercialización, si aquélla se considera desde una perspectiva espacio-temporal.

*obligadas, [...] animadas por una voluntad de discutir, pero no necesariamente de contratar, [...] de ahí la libertad de que gozan para exponer sus ideas, [...] su libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato, pero no hay duda de que entre las partes se ha establecido una situación jurídica precontractual que debe estar presidida por una idea básica: la necesidad de actuar de buena fe*²⁸.

Ahora bien, en la franquicia la buena fe exigible en toda fase precontractual se especifica, convirtiéndose en un auténtico deber jurídico de información para el franquiciador, en cuya virtud *“con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato, [...] o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa la incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia”*, ex art. 62.3º LOCM²⁹. Cabe, ahora, desglosar este deber de información.

En primer lugar, la doctrina señala que su fundamento no es otro más que la protección del franquiciado, quien, en estos momentos, parece encontrarse en una

²⁸ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en *“Sistema de Derecho Civil”*, volumen II. Editorial Tecnos, novena edición, 2005. Página 64.

²⁹No cabe descuidar que el art. 62.2º LOCM y su reglamento de desarrollo – RD 201/2010 – regulan la creación del Registro de Franquiciadores, en el que las personas físicas y jurídicas habrán de inscribirse antes del trascurso de tres meses desde el inicio de su actividad en cuanto tales, haciendo constar, entre otros, datos tales como su nombre o razón social, domicilio, NIF, denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto del acuerdo, descripción del negocio objeto de franquicia,.... Un registro con el que, además del cumplimiento de funciones de publicidad, información y control, se pretende contribuir a la racionalización, simplificación y omisión de las barreras innecesarias en el acceso y prestación de servicios, según se dispone en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre.

Quizás, desde un punto de vista civil, el problema más relevante que plantea la existencia de este Registro es el referente a la posibilidad de que el incumplimiento por parte del franquiciador de la obligación de inscripción pueda tener algún reflejo en la dimensión jurídico-privada del contrato. En este sentido, y partiendo de la inexcusable sanción administrativa, existen autores que niegan dicha consecuencia por considerar ya no sólo que ésta es la solución proporcionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en supuestos análogos – por ejemplo, la venta de pisos de protección oficial con sobreprecio -, sino por entender que lo contrario resultaría insostenible habida cuenta de la mera finalidad de control en la que se resume su existencia. En este sentido, Fernando Martín Sanz, en *“De la actividad...”*; (op.cit.).

situación de desigualdad fáctica asimilable a la que concurre en los consumidores³⁰. De esta forma, parece que la obligación no es más que una respuesta del legislador a la especial fragilidad del futuro franquiciado, protegiéndole frente a las consecuencias que pudieran derivarse del conocimiento deficiente o inexacto que pudiera surgir si hubiera de ser él el que se procurase la información necesaria para adoptar sus propias decisiones.

En segundo término, la ley opta por no limitar los datos que pudieran considerarse necesarios a tales fines. De un lado, porque los que son expresamente numerados no pueden ser considerados como un *numerus clausus* por razón de la propia literalidad del precepto – que dispone que son “*especialmente*” necesarios -. De otro, porque, como cláusula de cierre, remite su concreción a aquéllos otros que pudieran considerarse básicos en el pertinente desarrollo reglamentario³¹.

³⁰ Fernando Martín Sanz, en “*De la actividad...*”, (op.cit.). El autor fundamenta la opinión expuesta en la consideración del contrato de franquicia como una especie de contratos de adhesión, de forma que su articulado vendría a funcionar de la misma forma que las condiciones generales de la contratación.

³¹ En este sentido, el art. 3 del Real Decreto 201 /2010, dispone que “*con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:*

a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.

Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengán obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan

En tercer término, que, coherentemente con lo afirmado, la información que se facilite no sólo ha de tener lugar por escrito, sino, que, además, habrá de proceder con un mínimo de veinte días de antelación respecto de cualquier acto que supusiera un cierto grado de compromiso jurídico para el franquiciado. Y es que, en este sentido, el legislador se muestra especialmente cauteloso exigiendo que el cumplimiento de esta obligación proceda no sólo con anterioridad a la conclusión del contrato o precontrato, sino, incluso, a la entrega de una cantidad de dinero en concepto de “*cualquier pago*”, expresión que quizás pueda entenderse equivalente a la prohibición no sólo de que entre las partes medien arras - puesto que la ejecución de tal obligación ha de tener lugar inexcusablemente con anterioridad al nacimiento de una relación jurídica -, sino también de que tal entrega pueda ser entendida como signo de la celebración de un contrato de opción, por el que el franquiciado sólo adquiriese el derecho a decidir, dentro de un periodo de tiempo determinado, la celebración, o no, del de franquicia.

De otro lado, es evidente que pese a la exhaustividad de la información que ha de ser proporcionada, el franquiciador “*no puede, en la fase precontractual, mostrar todo el funcionamiento de la empresa a quien todavía no forma parte de la cadena*”, aunque ello suponga colocar al franquiciado en una cierta situación de indefensión, en la medida en que “*no puede distinguir la seriedad de la franquicia por datos internos – análisis detallado de la oferta - , sino esencialmente por datos externos*”³². Unas afirmaciones en las que es necesario detenerse. Así, en primer lugar, porque no hay que descuidar que, pese a que la LOCM nada dispone al efecto, el art. 4 RD 201/2010, establece, bajo la rúbrica “*deber de confidencialidad del franquiciado*”, que “*el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir*”. Un deber que, de un lado, parece coherente con la relevancia del contenido de la obligación de información precontractual que pesa sobre el franquiciador, y, de otro, pese a que su existencia es

dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

³² Juan Ignacio Ruiz Peris, en “*De la actividad...*”, (op.cit.).

opcional, puede encontrar un fundamento adicional en la calificación de las relaciones existentes en este momento como de confianza. Una relación “*de la cual surgen deberes como el de, [...] conservación de los secretos que hubieran podido conocerse, y, en fin, de actuación conforme a la buena fe, deber que, infringido, podría conducir a la responsabilidad, [...] por los daños y perjuicios causados*”³³.

En segundo término, es necesario tener en cuenta que el franquiciado ha de manejar la “*información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa*”. Una exigencia que, moviéndose dentro de los límites cuantitativos expresados, parece guardar relación con una especial obligación de veracidad en los datos que se proporcionen. Así, es posible plantear ahora la última de las cuestiones que se presentan a la hora de analizar esta fase precontractual: las responsabilidades civiles derivadas del incumplimiento del deber de información. Un análisis que entiendo que ha de efectuarse en dos supuestos diferentes, según que el contrato haya llegado o no a celebrarse.

Así, cuando se produce la ruptura de los tratos preliminares, mediando dicho incumplimiento, “*debe considerarse como regla general que la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad, [...], no obstante, pensamos que si la ruptura revela que no se iniciaron de buena fe los tratos, [...], o si el estado de las negociaciones era tan avanzado por haberse logrado acuerdos importantes que hacían confiar lícitamente a la parte perjudicada en la celebración del contrato, debe imponerse la responsabilidad al que las rompe, salvo causas justificadas de desistimiento*”³⁴. Unas afirmaciones a las que, quizás, quepa añadir la posibilidad de que la pertinente indemnización también proceda cuando el fin de dichas negociaciones

³³ Carlos Rogel Vide, en “*Derecho de obligaciones y contratos*”, Colección Jurídica General. Editorial Reus, S.A. 2007. Página 142.

En el mismo sentido, no pueden dejar de señalarse ni la Propuesta de Modificación del Código Civil elaborada por la Comisión de Codificación, ni el Proyecto de Código Europeo de los Contratos de Pavía. Así, en la primera, se dispone en el art. 1245. 3º y 5º que “*si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información de carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse*”, de forma que “*la infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*”.

El segundo “*presta mucha atención a los tratos preliminares – que llama precontractuales –, tratos a los que dedica la Sección 1ª. – arts. 6 a 10 – del Título II, relativo a la Formación del Contrato*”, de forma que en el art. 8 se regula el deber de reserva. Carlos Rogel Vide, en “*Derecho...*”, (op.cit.).

³⁴ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en “*Sistema...*”; (op.cit.).

encuentre su fundamento, precisamente, tanto en el incumplimiento cuanto en el cumplimiento defectuoso del deber de información. Es decir, “*el incumplimiento de este deber, o la omisión de datos exigidos, sería determinante de un comportamiento antijurídico que, [...], puede desencadenar, en su caso, la responsabilidad del franquiciador por culpa in contrahendo*”³⁵.

Ahora bien, en el segundo de los supuestos, la consecuencia del comportamiento omisivo del franquiciador podría resultar determinante de la anulabilidad del contrato celebrado por razón de la concurrencia de un vicio en el consentimiento. Una consecuencia que, quizás, pueda ser objeto de una serie de matizaciones, en el entendimiento de que con ellas no puede pretenderse una exposición de las consecuencias que la contravención del deber de información puedan presentarse en el ámbito de los vicios del consentimiento.

Así, de un lado, que si es posible sostener, como algún autor mantiene, que sobre aquél pesa un especial deber de veracidad, podría ser posible limitar los supuestos en los que el denominado “*dolus bonus*”³⁶ habría de resultar ineficaz. Una posibilidad reforzada, en la medida en que, si la finalidad buscada con dicha obligación no es otra más que una cierta garantía en la perfección del consentimiento del franquiciado, pudiera resultar posible que el contenido de ésta no se limitase sólo a lo que es exigible

³⁵ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”; (op.cit.).

³⁶ Según el Diccionario de la Real Academia, en su vigésimo segunda edición:

Dolo. (Del latín, *dolus*). 1. Engaño, fraude, simulación. 2. *Der.* Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud. 3. *Der.* En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída.

~ **bueno.** m. *Der.* Sagaz precaución con que cada cual debe defender su derecho.

~ **eventual.** m. *Der.* El que concurre en el autor de un delito que no pretende cometerlo directamente, aunque ha considerado su posibilidad como resultado de su acción.

~ **malo.** m. *Der.* El que se dirige contra el justo derecho de un tercero.

Poner. ~ **en algo.** *fr.* Interpretarlo maliciosamente.

En principio, “*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*” - art. 1269 CC -. Así, puede entenderse que, persiguiendo toda maniobra en la que se concreta el *dolo* orientar la decisión final del sujeto paciente en la dirección querida por su autor, sólo quedarían fuera del vicio aquéllas en las que la estratagema pudiera inscribirse en lo que, ordinariamente, se considera propio del tráfico jurídico o, yendo más allá, de lo que moralmente no se considera censurable (*dolus bonus*), de forma que su consecuencia se presume *iuris tantum* como el resultado de la libre decisión de la parte. Así, sólo cabría hablar de *dolo* en cuanto vicio en los supuestos en los que tales maquinaciones traspasan la mencionada línea buscando, no convencer o persuadir, sino prescindir de la voluntad ajena imponiendo la propia.

legal y reglamentariamente, sino también a lo que pudiera derivarse de la buena fe³⁷. De otro, que parece lógico considerar que el incumplimiento del deber ha de resultar determinante de un concreto tipo de vicio – el dolo –, y no del error, si bien éste no puede considerarse excluido, en la medida en que pudiera encontrar su fundamento, precisamente, en un cumplimiento defectuoso en cuanto incompleto. Por último, que la eficacia invalidante de los vicios concurrentes habrá de sujetarse a los requisitos establecidos en sede contractual, de forma que el dolo habría de ser grave, y el error excusable³⁸

Para concluir el estudio de la fase precontractual, es necesario hacer constar que la publicidad engañosa que el franquiciador hubiera podido efectuar, si se convierte en motivo determinante de la voluntad de contratar del franquiciado, pudiera dar lugar a la aplicación de las normas existentes en la Ley General de Publicidad, ya que “*el potencial franquiciado encaja sin violencia en el concepto de destinatario del mensaje publicitario que contempla la LGP (que no habla de consumidor, [...]), y es, por otro lado, evidente que la publicidad de captación puede encajar perfectamente en el concepto de publicidad engañosa que suministra la LGP, [...]*”³⁹.

5.2º. La celebración del contrato.

En lo referente a la celebración del contrato, sólo decir que pese a que jurídicamente su validez no aparece condicionada a la utilización de forma alguna, es

³⁷ Así, Martínez Sanz considera que “*la información requerida por la Ley es, [...], estática*”, de forma que es posible preguntarse “*si el deber de información ha de entenderse satisfecho con los simples datos exigidos, [...], cuando, por las especiales circunstancias concurrentes, [...], los mismos no garanticen por sí solos que la decisión de adherirse a la red se produce con «conocimiento de causa» (en el sentido de que de haberlos conocido la decisión hubiera sido distinta). Probablemente, en tales casos haya que entender que la «buena fe» exige incluir datos que, en situaciones ordinarias, seguramente no habría que incluir*”. Fernando Martínez Sanz, en “*De la actividad...*”; (op.cit.).

³⁸ Por ello podría entenderse que la omisión de todo tipo de información precontractual por parte del franquiciador pudiera suponer una cierta negligencia en el franquiciado condicionante de la inexcusabilidad del error que pudiese concurrir en su consentimiento.

³⁹ Fernando Martínez Sanz, en “*De la actividad...*”; (op.cit.). El autor plantea la posibilidad de una integración del contenido de la publicidad efectuada en el contrato posteriormente celebrado, a modo de lo que es propio del Derecho de los consumidores según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007.

lógico que, en coherencia con la obligación de proporcionar por escrito la información precontractual ya analizada también haya de ser ésta la vía de formalización más utilizada usualmente. Ahora bien, tratándose de un contrato consensual, es posible que por razón de la regulación jurídica de los derechos integrados en el paquete de franquicia sea imprescindible su conclusión de tal forma⁴⁰.

5.3°. Las obligaciones de las partes

Así, las cosas, cabe analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de la existencia del acuerdo suscrito, es decir, estudiar su contenido obligacional. En este sentido, cabe precisar previamente, que, por razón de las diferencias que median entre las diferentes clases de franquicias, quizás pueda resultar de utilidad exponer aquellos deberes que se presenten en todas ellas. De esta forma, y en primer lugar, es posible señalar los que se derivan del propio concepto que proporciona la LOCM, afirmando

⁴⁰En este sentido, a modo de ejemplo, las licencias de patentes y marcas. Así, en cuanto a las primeras, el art. 74.1º y 2º de la Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, disponen que *“tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y pueden ser objeto de licencias y de usufructo. También pueden ser dadas en garantía mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria que se registrará por sus disposiciones específicas y cuya constitución se notificará al Registro de la Propiedad Industrial. Los actos a que se refiere el apartado anterior, cuando se realicen entre vivos, deberán constar por escrito para que sean válidos”*.

En lo referente a las segundas, el art. 46. 2º y 3º de la Ley 17/2001, de Marcas, señala que *“con independencia de la transmisión de la totalidad o de parte de la empresa, la marca y su solicitud podrán transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos u otras medidas que resulten del procedimiento de ejecución, para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas, e inscribirse en el Registro de Marcas, sin perjuicio de los demás negocios jurídicos de que fuere susceptible el derecho de marca. En el supuesto de que se constituya una hipoteca mobiliaria, ésta se registrará por sus disposiciones específicas y se inscribirá en la Sección Cuarta del Registro de Bienes Muebles, con notificación de dicha inscripción a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su anotación en el Registro de Marcas. A estos efectos ambos registros estarán coordinados de forma que se comunicarán telemáticamente entre ellos los gravámenes sobre marcas inscritos o anotados en los mismos.*

Los actos jurídicos contemplados en el apartado anterior sólo podrán oponerse frente a terceros de buena fe una vez inscritos en el Registro de Marcas”. Es decir, que a tales fines es necesaria la forma escrita.

Con todo, quizás fuera posible entender que una cosa son los requisitos necesarios para la creación de la licencia y otra los propios de la celebración del contrato de franquicia, de forma que las formalidades establecidas para la validez/eficacia frente a terceros exigidas a la primera no tuvieran que predicarse respecto del segundo. Así, parece coherente considerar que el acuerdo de franquicia sólo supone el nacimiento de la obligación para el franquiciador de cumplir con las exigencias necesarias para la existencia de la licencia de explotación, aun cuando, obviamente, nada impide que éstas se incorporen al contrato.

como deberes consustanciales a la perfección del acuerdo: la puesta a disposición del franquiciado del sistema de comercialización, el pago del precio pactado al franquiciador, y, por último, el deber de asistencia comercial y técnica al franquiciado.

En cuanto a la puesta a disposición del franquiciado del paquete de franquicia -, teniendo en cuenta lo ya señalado en la nota núm. 39 -, sólo resta precisar que, en la medida en que el denominado modelo comercial no es objeto de una protección jurídica unitaria, la constitución de la licencia puede exigir la realización de tantos actos jurídicos cuantos derechos sobre bienes inmateriales lo integren. Una puesta a disposición que, además, cabe recordar que también exige la transmisión del denominado “*saber hacer*”. Ahora bien, en relación con esto último, hay que tener en cuenta que, puesto que ese conocimiento en el que se traduce el *know-how* parece estar sujeto a permanentes innovaciones, su transmisión se muestra conectada con la última de las obligaciones señaladas, que parece suponer para el franquiciador un deber de orientación, asesoramiento, y, además, de “*mantenimiento del valor del paquete de franquicia, impidiendo la desvalorización del goodwill*”⁴¹.

El segundo de los deberes principales señalados no parece que presente alguna especificidad propia, de forma que habrían de cumplirse los requisitos señalados al respecto en los arts. 1446, 1447, y 1449 CC⁴². De esta forma, el precio podrá tener lugar bien mediante un único abono, o, lo que resulta más usual, en una serie de pagos periódicos, con o sin cuota inicial. En todo caso, no cabe descartar la posibilidad de que

⁴¹ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op. cit). Esta obligación puede suponer una asistencia en materias tales como la decoración, diseño, publicidad,... En lo referente al deber de asistencia en su vertiente de mantenimiento del denominado “*good-will*”, hay que señalar que obliga al franquiciador a una puesta al día permanente del franquiciado en aquellas innovaciones introducidas por éste dentro del sistema comercial. Con todo, el deber analizado, desde un punto de vista general, pone de relieve la consideración del contrato de franquicia como de tracto sucesivo.

⁴² Art. 1446 CC: “*Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario*”.

Art. 1447 CC: “*Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato*”.

Art. 1449 CC: “*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”.

Para Lázaro Sánchez, también resultaría oportuno el recurso a la normativa propia del arrendamiento, o, incluso de los contrarios parciarios. Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”; (op. cit.).

en este último supuesto la cuantía sea variable, en la medida en que consista en un porcentaje de los beneficios o ingresos obtenidos por el franquiciado.

Ahora bien, el contenido común o básico del contrato no se agota en las obligaciones reseñadas, sino que, a su lado, la doctrina señala un conjunto de deberes cuyo cumplimiento procederá a lo largo de la vida del acuerdo⁴³. Así, en lo referente a los del franquiciado, pueden señalarse, de un lado, la obligación de explotar la franquicia según lo establecido en el acuerdo, y, de otro, su sometimiento tanto a las instrucciones dadas por el franquiciador en el ejercicio de su actividad comercial, cuanto a los controles que en este sentido pudieran efectuarse. En cuanto a la primera, la doctrina consultada considera que tiene su fundamento, esencialmente, tanto en la posible inclusión de una cláusula de pago parciario, cuanto en la obligación de “devolver” el paquete de franquicia en las mismas condiciones en las que se recibió⁴⁴. De esta forma, el franquiciado no parece que cuente con la posibilidad de optar por la no explotación de su licencia, y, así, parece que su derecho es al mismo tiempo un deber, cuya existencia, quizás, pueda encontrar un argumento adicional en la consideración de la causa determinante del contrato. Es decir, en la consideración de que la finalidad de su existencia no es otra más que la distribución comercial de bienes o servicios dentro del marco espacial y temporal acordado entre las partes, de manera que la inactividad del franquiciado habría de suponer la desaparición del porqué de aquél. En cuanto al segundo, hay que concretar, de un lado, que las instrucciones dadas por el franquiciador no pueden suponer una restricción de las decisiones del franquiciado, en cuanto empresario independiente, de forma que habrán de venir referidas a la concreta forma de utilización del sistema de comercialización, y, de otro, que el franquiciado está obligado a permitir un control por el franquiciador de su actividad, en la medida en que con el contrato éste no “*pretende tanto vender la*

⁴³ Como en todo contrato, las obligaciones integrantes de su contenido dependerán de lo acordado entre las partes. Con ello quiere significarse que las que se analizan en el texto aparecen en toda franquicia, de forma que, en tal sentido, pueden considerarse inherentes a su existencia.

En lo referente al abanico de cláusulas que resultan usuales, Gallego Sánchez señala, entre otras, las relativas al local del negocio – en las que suele prohibirse su traslado sin el previo consentimiento del franquiciador, o el mantenimiento sobre el mismo del título jurídico contemplado en el contrato –, aprovisionamiento de materias, stock mínimo obligatorio y destino del sobrante, precio de reventa,... Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”, (op. cit.).

⁴⁴ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op. cit.).

mercadería, sino «seguirla» hasta su llegada al consumidor final»⁴⁵.

Dicho esto, y en la medida en que los contratos “*obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”, ex art. 1258 CC, es necesario tener en cuenta que la relevancia que las ideas de confianza y lealtad entre las partes presentan en la franquicia resultan determinantes de la afirmación de un conjunto de deberes al respecto: las obligaciones de secreto y no concurrencia⁴⁶.

Cabe señalar ahora que más allá de las ya expuestas, parece que es consustancial al contrato de franquicia la denominada cláusula de exclusiva⁴⁷, generalmente a favor del franquiciado, y en cuya virtud el franquiciador viene obligado a un “no hacer”, es decir, tiene la obligación de no suscribir otro contrato que permita a un tercero el desarrollo de la actividad del primero mediante el uso del mismo sistema comercial. Todo ello referido a una concreta área geográfica. Dentro de este tipo de cláusulas es posible diferenciar entre tres posibilidades diferentes, en función de la intensidad del deber. Así, se habla de exclusiva simple cuando el franquiciado es el único facultado para la distribución de los productos o servicios del franquiciador, comprometido sólo a no designar a otro dentro del territorio señalado. A su lado se sitúa la exclusiva cerrada o reforzada, que a lo dicho suma el compromiso del franquiciador de defender al franquiciado frente a las injerencias en el área geográfica acordada provenientes de otros distribuidores, de forma que su incumplimiento suele reflejarse en el contrato como causa de resolución del mismo. Por último, aparece la exclusiva absoluta, definida por una protección del franquiciado conseguida por razón del compromiso contractual de respeto del territorio ajeno que los restantes distribuidores asumen.

⁴⁵ Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”, (op. cit.).

⁴⁶ La última de las mencionadas se considera ilimitada en el tiempo en lo referente al uso y cesión de los conocimientos técnicos que no sean públicamente conocidos. Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op.cit.).

⁴⁷ Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”, (op. cit.). Sin embargo, para Lázaro Sánchez no es un elemento esencial del contrato “la concesión al franquiciado de una exclusiva territorial (analogía artículos 75.5º LP y 48 y 50 LPI)”, si bien entiende que la exclusiva puede ser el “verdadero determinante de la eficacia económica de la incorporación del franquiciado a la red, y la cláusula que la contiene un pacto incuestionable para que éste pueda rentabilizar su inversión en la franquicia”. Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op.cit.).

Con todo, hay que tener en cuenta que la cláusula de exclusiva no tiene por qué venir referida exclusivamente al franquiciador, en la medida en que resulta posible acordar a favor de éste la “obligación para el franquiciado de suministrarse sólo del franquiciador, vendiendo exclusivamente sus productos”⁴⁸. Dicho lo anterior, no parece que existan para el franquiciador obligaciones adicionales de carácter común, de forma que aquéllas que pudieran existir derivarán tanto del tipo de franquicia suscrita, cuanto de su concreto clausulado. Con todo, para Lázaro Sánchez, dentro de tales deberes básicos habría de situarse su obligación de garantizar “la existencia y legitimidad de las facultades cedidas”⁴⁹. Ahora bien, dicho esto, no cabe desconocer que para determinados autores existen un conjunto más amplio de cláusulas.

5.4º. La extinción del contrato.

La última de las cuestiones que es necesario abordar es la relativa a la extinción del contrato. Una materia que supone el análisis, de un lado, de su duración, y, de otro, de las posibilidades de que aquélla proceda anticipadamente. En cuanto a lo primero, la vigencia temporal será aquélla que las partes hubieran establecido, si bien, llegado el término fijado, es usual la inclusión de cláusulas de renovación.⁵⁰ Ahora bien, en ausencia de estas últimas, se hace necesario mencionar la existencia de una línea doctrinal que aboga por la introducción en el régimen jurídico no sólo de un preaviso obligatorio para el franquiciador, sino también de un derecho de prórroga para el franquiciado, a los efectos de evitarle los perjuicios que habría de suponer la falta de amortización de las inversiones realizadas⁵¹.

⁴⁸ Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”, (op. cit.).

⁴⁹ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op. cit.). En este sentido, la nota núm. 24.

⁵⁰ En este sentido, tanto Lázaro Sánchez cuanto Gallego Sánchez.

⁵¹ Así, las observaciones de Esperanza Gallego Sánchez, en “*La Franquicia*”, (op. cit.). Parece que el fundamento de tales exigencias se sitúa en la “*función social del Derecho, entendida en estos casos respecto a la salvaguarda de los intereses elementales la empresa intermediaria, [...], una orientación acogida por cierto sector jurisprudencial (francés), estableciendo que, en tanto el convenio exige al distribuidor importantes inversiones, [...], la necesidad de su amortización requiere una cierta estabilidad de las relaciones contractuales entre las dos partes, y apreciando, por ello, la existencia de abuso cuando la duración del convenio no ha permitido al franquiciado resarcirse de aquéllos*”.

En cuanto a lo segundo, desde un punto de vista general, “*se puede llegar a la conclusión de que la relación obligatoria se extingue en los siguientes casos:*”

1º. Cuando ambas partes celebran un negocio jurídico extintivo de la relación: contrato extintivo o disentimiento mutuo.

2º. Cuando se atribuye a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria. Esta facultad, [...] puede ser enteramente libre o estar en una justa causa previamente contemplada por la ley como fundamento del ejercicio de la facultad de extinguir la relación.

En el primer caso podemos hablar de [...] desistimiento unilateral, [...] En el segundo, se habla de resolución de la obligación”⁵².

En este sentido, hay que señalar que admitiéndose el mutuo disenso como causa determinante de la extinción anticipada del contrato, Lázaro Sánchez niega dicha condición tanto al desistimiento cuanto a la muerte o declaración de fallecimiento, en la consideración de que siendo éstas propias de los contratos de colaboración, la falta de afinidad de causa con la franquicia lo impide⁵³. Unas afirmaciones que entiendo que pueden exigir algún tipo de consideración – hecha siempre a beneficio de inventario -. Así, en cuanto al primero, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la extinción sobrevinida de la relación contractual se “*mueve el desistimiento, [...], unilateral – facultad asignada a una o a cualquiera de las partes por la ley, [...], o por el contrato, en base a la cual cabe poner fin a la relación contractual de la que se es partícipe de modo voluntario y libre y sin necesidad de justificación alguna, requiriéndose, tan sólo y en aras de la buena fe, el preaviso pertinente y pechando, quien denuncia, con los perjuicios que el desistimiento pueda irrogar a la contraparte –*”⁵⁴. De esta forma, pudiera entenderse, *prima facie*, que la prohibición del desistimiento en los contratos de franquicia de duración determinada sólo sea posible cuando no existe ni previsión legal ni contractual. Pero, en este sentido quizá, fuera posible considerar que, ante lo escueto

⁵² Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en “*Sistema...*”, (op. cit.). Página 246.

⁵³ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op. cit.).

⁵⁴ Carlos Rogel Vide, en “*Derecho de obligaciones y contratos*”, Colección Jurídica General. Editorial Reus. S.A. 2007. Páginas 158 y 159.

del régimen jurídico de la franquicia, fuera procedente al respecto la aplicación analógica de los preceptos propios de la figura contractual más afín, ya sea ésta la licencia de uso de bienes inmateriales, ya, como sostienen otro autores, el contrato de agencia. Pero no parece que en la regulación jurídica de las anteriores se establezca algún límite a la voluntad de las partes⁵⁵, de manera que éstas, en principio, podrían establecer “los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, ex art. 1255 CC. Con todo, en la medida en que en este contrato la idea de estabilidad en su tracto sea consustancial a su existencia, podría considerarse más coherente con lo afirmado el reconocimiento de un desistimiento unilateral causal pactado, “en base al cual cualquiera de las partes contratantes, en presencia de un acontecimiento o circunstancias previstas y empíricamente demostrables – encarecimiento de los costos por encima de un límite determinado, [...] -, podría apartarse de la relación jurídica – normalmente duradera o pendiente de ejecución – que la vincula a la otra, avisando con tiempo suficiente”⁵⁶.

Ahora bien, dicho lo anterior y en el supuesto de que el contrato sea de duración indefinida, “el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes podría poner fin al

⁵⁵ Art. 48 Ley 17/2001, de Marcas: “1. Tanto la solicitud como la marca podrán ser objeto de licencias sobre la totalidad o una parte de los productos y servicios para los cuales esté registrada y para todo o parte del territorio español. Las licencias podrán ser exclusivas o no exclusivas.

2. Los derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciatario que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro, a la naturaleza de los productos o servicios, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario.

3. El titular de una licencia no podrá cederla a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario.

4. Salvo pacto en contrario, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada

5. Se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder otras licencias y utilizar por sí mismo la marca.

6. Cuando la licencia sea exclusiva el licenciante sólo podrá utilizar la marca si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho”.

Art. 74.1º y 2º de la Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, “tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y pueden ser objeto de licencias y de usufructo. También pueden ser dadas en garantía mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria que se registrará por sus disposiciones específicas y cuya constitución se notificará al Registro de la Propiedad Industrial. Los actos a que se refiere el apartado anterior, cuando se realicen entre vivos, deberán constar por escrito para que sean válidos”.

⁵⁶ Carlos Rogel Vide, en “Derecho...”, (op.cit). Página 159.

*mismo, dado lo inadmisibile de una vinculación perpetua*⁵⁷, una solución que la jurisprudencia del Tribunal Supremo –a falta de previsión legal y contractual al respecto – admite si se trata de relaciones contractuales fundadas en la recíproca confianza entre las partes –en este sentido, la STS de 22 de marzo de 1988 –.

En cuanto al mantenimiento del contrato en los supuestos de muerte y declaración de fallecimiento de las partes, hay que tener en cuenta que ya el art. 1257 CC dispone que *“los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”*. Una regla general de difícil valoración en lo que se refiere a su aplicación en la franquicia, en la medida en que puede generar una serie de problemas que, cuando menos, considero que deben apuntarse. Así, en primer término, no puede descuidarse que, para un determinada corriente doctrinal, en este contrato la ya señalada confianza entre las partes constituye un elemento esencial, de forma que quizás fuera posible sostener que la trasmisión de la posición contractual no fuese posible *“por su naturaleza”*⁵⁸. Sin embargo, tampoco puede desconocerse ni la relevancia del interés económico subyacente en la opción favorable a la continuidad de la relación, ni el hecho de que, en la actualidad, al presentarse la mayoría de los franquiciadores sociedades mercantiles, su “desaparición” no supone, en realidad, una extinción del sujeto, sino un supuesto de sucesión de empresas.

Con todo, evidentemente, los problemas que pudieran presentarse si se entiende que la muerte no ha de ser determinante de la extinción del contrato no se agotan en los descritos, sino que pueden señalarse otros, como, por razón de su relevancia, los propios de la necesaria concurrencia en el franquiciador de la condición de empresario, los relativos a los supuestos de extinción sin sucesión del comerciante-persona jurídica-mercantil, o los que, siendo el franquiciador persona física, habrían de suponer para su heredero el mantenimiento del contrato – v.gr. la labor de asistencia y asesoramiento –

⁵⁷ Emilio Lázaro Sánchez, en *“El contrato...”*, (op.cit.). Así, el art. 25 LCA dispone la posibilidad de que si el contrato es de duración indeterminada, cualquiera de las partes pueda denunciarlo, pero con un preaviso mínimo de un mes por cada año de vigencia, con un máximo de seis meses.

⁵⁸En este sentido, Gallego Sánchez señala cómo para algún sector de la doctrina dicha confianza es uno de los fundamentos del consentimiento de las partes. Esperanza Gallego Sánchez, *“La Franquicia...”*, (op. cit.).

El último de los supuestos de extinción sobrevenida acontece por razón del incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por una de las partes, situación que faculta a la contraria – que sí ha cumplido con las suyas - a exigir su resolución, *ex art. 1124 CC*. En este sentido, cabe señalar que se consideran supuestos de tal incumplimiento: la falta de ejercicio de la actividad por parte del franquiciado, la cesión indebida de la licencia, la falta de puesta a disposición del paquete de franquicia por el franquiciador, el impago del precio ... Es decir, tal condición resultará predicable de las vulneraciones que tengan por objeto un deber de tal relevancia, entre los que considero que habrán de incluirse no sólo los que lo resulten según lo expuesto, sino, además, aquellos otros que para las partes presenten dicha naturaleza, siempre que así lo hayan hecho constar.

En todo caso, parece que, implicando la extinción del contrato para el franquiciado su cese en el uso del paquete de franquicia, es inevitable que dicha situación presente otros problemas, fruto de la peculiar naturaleza del objeto cedido. Es el caso de la restitución del denominado *know-how*. Una situación que, ante 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, [...], sino también la del mantenimiento de su secreto*”.⁶⁰ Exigencias ambas que suelen garantizarse mediante la inclusión en el contrato tanto de una obligación de no competencia, cuanto de cláusulas penales, respectivamente.

Para concluir esta exposición sólo resta señalar que las cuestiones apuntadas no son más que una muestra del catálogo de problemas que la existencia práctica del contrato de franquicia puede llegar a plantear. Unos problemas para los que no parece posible ofrecer soluciones apriorísticas, ya no sólo por las evidentes carencias legales, sino por razón de la relevancia que la voluntad de las partes que lo suscriben ha de tener a los efectos de averiguar cuál es la figura contractual que por razón de su mayor

⁵⁹ Considero que excede no sólo del propósito del trabajo, sino de mis posibilidades, la valoración de los problemas que puede generar el obligatorio mantenimiento del contrato en los supuestos del fallecimiento de alguna de las partes.

⁶⁰ Emilio Lázaro Sánchez, en “*El contrato...*”, (op.cit.).

afinidad con aquella presenta el régimen jurídico más apto a tales fines.