



Universidad
Cardenal
Herrera
CEU

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y
SUS CONSECUENCIAS.**

TESIS DOCTORAL

Director: Prof. Dr. Don Ignacio Sevilla M.

Doctorando: Jorge Sánchez-Tarazaga y M.

Julio de 2005.

Índice

Abreviaturas	11
Notas introductorias.	14
A. Trascendencia económica del sistema de franquicia y del contrato en particular.	15
B. Relevancia del contrato de franquicia en España, y problemática contractual que presenta.	21
PARTE I: LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA, PROBLEMÁTICA ASOCIADA. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO	29
1. Análisis de la incidencia del tiempo en el contrato de franquicia	30
A. Punto de partida: ausencia de una disciplina normativa que regule los diferentes aspectos relativos a la duración del contrato de franquicia.	33
A.1. Atipicidad relativa del contrato de franquicia.	33
A.2. Atipicidad parcial del contrato de franquicia y régimen jurídico aplicable.	36
B. La duración como elemento esencial de la franquicia (contrato de tracto sucesivo y de confianza – <i>intuitu personae</i> -).....	40
C. Duración mínima del contrato de franquicia.	42
D. Duración máxima del contrato de franquicia.	46
E. Resumen conclusivo acerca de la duración del contrato de franquicia.	49
2. Naturaleza del contrato de franquicia.	51
A. Planteamiento	51
A.1. Naturaleza jurídica causal y regulación del contrato.	51
A.2. Método del análisis de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia.....	52
B. Naturaleza del contrato de franquicia: Delimitación respecto de otras categorías jurídicas.....	54

B.1. Valoración de la interrelación –colaboración- empresarial entre franquiciador y franquiciado.	54
a. El contrato de franquicia en relación al contrato de sociedad..	57
b. La franquicia como sociedad irregular.	60
c. Otras formas jurídicas de integración empresarial: La red comercial (cadena) en relación al contrato de franquicia.....	62
d. La franquicia y los grupos de empresas.	63
e. Conclusiones preliminares acerca del carácter asociativo del contrato de franquicia.....	68
B.2. El contrato de franquicia como contrato de gestión.	69
a. Contrato de agencia.....	70
a.1. Razones para una identidad.....	70
a.2. Rasgos delimitadores de ambas figuras.	72
b. El contrato de gestión empresarial: en especial, el de gestión hotelera.....	75
b.1. Planteamiento. Razones para una identidad.....	75
b.2. Rasgos delimitadores de ambas figuras.	76
B.3. El contrato de franquicia y el contrato de trabajo.	77
a. Planteamiento.....	77
b. Rasgos delimitadores de ambas figuras.	78
B.4. El contrato de franquicia y los contratos de transmisión de bienes inmateriales.	80
a. Planteamiento.....	80
b. Rasgos delimitadores de ambas figuras.	81
B.5. La franquicia como sistema de distribución integrada.....	84
a. La franquicia como sistema de distribución integrada.....	90
b. Análisis comparativo de los elementos que integran al contrato de franquicia en relación a los contratos de distribución en sentido estricto.	94
C. Conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Consecuencias en el ámbito de la determinación del régimen jurídico.	97

**PARTE II: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y
SUS CONSECUENCIAS.DERECHO ESPAÑOL Y PERSPECTIVAS DEL
DERECHO COMPARADO..... 106**

**1. La renovación del contrato de franquicia y la concesión de preaviso
en los contratos de franquicia de duración determinada. 107**

A. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso.
Miscelánea de Derecho comparado. 110

A.1. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del
preaviso en Italia. 110

A.2. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del
preaviso en Francia. 113

A.3. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del
preaviso en Alemania..... 116

A.4. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del
preaviso en Suiza..... 120

A.5. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del
preaviso en Bélgica. 122

B. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso.
Planteamiento y notas del Derecho español..... 125

**2. La terminación del contrato de franquicia y mecanismos de
salvaguardia de los intereses del franquiciado en cuanto que contratante más
débil. 132**

A. Información precontractual del franquiciado relativa a la duración del
contrato en el Derecho comparado..... 138

A.1. Información precontractual de protección al franquiciado en
algunos sistemas del Derecho europeo comparado..... 140

A.2. Información precontractual de protección al franquiciado en
EEUU. 144

A.3. La protección precontractual del futuro franquiciado en los
códigos deontológicos de franquicia. 148

A.4. Información precontractual de protección al franquiciado en el
Derecho español. 151

A.5. La información precontractual al franquiciado y la previsión acerca de la duración del contrato, y de la extinción del contrato y sus consecuencias: Conclusiones.	155
B. La terminación contractual y la tutela de los contratantes en la franquicia en un contexto internacional. Referencia al Derecho americano y al Derecho uniforme.....	161
B.1. La protección jurídica contractual del franquiciado en EEUU. El principio de buena fe y de práctica leal.....	162
a. La protección jurídica contractual del franquiciado en EEUU. Aplicación judicial del principio de buena fe y de práctica leal.	162
b. La protección jurídica contractual del franquiciado en EEUU en las leyes estatales y proyecto de ley federal. Aplicación normativa del principio de buena fe y de práctica leal.....	166
b.1. La protección del franquiciado ante la terminación o no-renovación del contrato en la legislación estatal de USA.	169
b.2. La protección del franquiciado ante la terminación o no-renovación del contrato en la legislación federal de EEUU: normativa vigente y tutela de lege ferenda.....	173
B.2. La protección del contratante débil en el comercio internacional derivada de la desigualdad injustificada entre las partes y de la imposibilidad y/o dificultad grave de cumplimiento sobrevenida en distintos textos internacionales con especial referencia a la terminación del contrato.	178
a. Aplicabilidad de los Principios UNIDROIT y otros textos de Derecho uniforme en la contratación internacional. Planteamiento.	179
b. Protección de la parte considerada débil en el momento de la celebración del contrato. la explotación abusiva de una situación de dependencia.....	183
c. La fuerza mayor y la excesiva onerosidad en los diferentes textos de Derecho uniforme.....	189
d. Efectividad práctica de las disposiciones tuitivas de los textos uniformes respecto del contrato internacional de franquicia.	196
C. La terminación contractual y la tutela de los contratantes en el ordenamiento jurídico español a través de figuras tradicionales en nuestro Derecho	

de protección del contratante más débil: abuso de derecho, enriquecimiento injusto y condiciones generales de la contratación.	198
C.1. La tutela postcontractual del franquiciado a través de la institución del abuso de derecho.	202
C.2. La tutela postcontractual del franquiciado a través de la institución del enriquecimiento injusto.	207
C.3. La tutela postcontractual del franquiciado y la normativa sobre condiciones generales de la contratación.	211
a. Conexión de las condiciones generales de la contratación con el contrato de franquicia y aplicabilidad a éste de la LCGC.	211
b. Exigencias de información y condiciones de incorporación establecidas en la LCGC.	217
c. Régimen sancionatorio establecido en la LCGC y virtualidad respecto del contrato de franquicia.	221
3. La resolución del contrato de franquicia.	227
A. La resolución del contrato por incumplimiento.	229
A.1. El incumplimiento del franquiciado como causa de resolución del contrato.	236
A.2. El incumplimiento del franquiciador como causa de resolución del contrato.	240
B. La resolución del contrato por causas distintas al incumplimiento.	246
B.1. La resolución debido a causas objetivas.	246
a. La extinción debida a la fuerza mayor.	246
b. La extinción por circunstancias que afectan a la personalidad de las partes.	248
b.1. La extinción del contrato de franquicia por circunstancias que afectan al franquiciado – persona física-.	249
b.2. La transmisión de la empresa franquiciada como causa de extinción del contrato.	250
b.3. La extinción por causas concursales.	253
b.3.a. Situación del contrato de franquicia afectado por un procedimiento concursal incidente en una de las partes.	254

b.3.b. La extinción por causas concursales (cont.). Excurso: insolvencia del franquiciado y asunción de su posición en el mercado frente a consumidores y usuarios.	262
c. El cumplimiento del término pactado como causa específica del contrato de duración determinada.	264
B.2. La resolución debida a la denuncia unilateral del contrato de franquicia por tiempo indefinido.	265
a. Admisibilidad del desestimiento unilateral.	265
b. Admisibilidad y condiciones de la resolución unilateral en algunos de los países de nuestro entorno.	268
c. Admisibilidad y condiciones de la resolución unilateral en algunos de los países de nuestro entorno (cont.). Especial consideración del Derecho belga.	275
d. Condiciones del ejercicio del desestimiento unilaterales en el Derecho español: la buena fe y el preaviso.	279
e. Condiciones del ejercicio del desestimiento unilateral en Derecho español desde el Derecho de la competencia, en virtud de la reforma ex Ley 52/1999.	285
e.1. Tratamiento normativo de la explotación de una situación de dependencia económica.	286
e.1.a. Planteamiento genérico de la reforma operada por la Ley 52/1999.	286
e.1.b. Presupuesto objetivo de aplicación de los preceptos relevantes de la LCD y la LDC.	293
e.2. Repercusión de la reforma de las leyes sobre competencia respecto de las condiciones admisibles de la resolución unilateral del contrato de franquicia.	298
B.3. El mutuo disenso.	301
4. Consecuencias jurídicas derivadas de la extinción.	304
A. La liquidación del negocio jurídico.	307
A.1. Particular referencia a la problemática de los stocks sobrantes.	308
A.2. La prohibición de competencia postcontractual y sus consecuencias en la actividad del franquiciado.	315

A.3. La devolución “proporcional” del canon de entrada.....	321
B. Procedencia de las indemnizaciones complementarias al franquiciado con motivo de la extinción del contrato.	324
B.1. Breve excurso acerca de la evolución de la indemnización postcontractual respecto del contrato de agencia en el Derecho europeo comparado en cuanto que antecedente de referencia respecto de los contratos de distribución.....	325
B.2. Indemnización por clientela.	328
a. Valoración de la procedencia de la indemnización por clientela.	328
a.1. Planteamiento de la cuestión y discurso inicial de la jurisprudencia española.....	329
a.2. Excurso comparativo acerca de la admisibilidad de la indemnización por clientela a favor del franquiciado.....	334
a.2.a. Punto de partida 1: aproximación analógica respecto del contrato de agencia.....	334
a.2.b. Punto de partida 2: acercamiento a partir de la “propiedad” de la clientela. El caso francés.....	338
a.3. Valoración de la participación del franquiciado respecto de la clientela de la franquicia como elemento concluyente en el reconocimiento de indemnización postcontractual por este concepto. Consideraciones preliminares.....	344
a.4. Posición contraria a su admisibilidad desde el análisis económico del Derecho.....	350
a.5. Razonamiento favorable a su estimación: construcción que parte de la integración empresarial del franquiciador en la red y del aprovechamiento postcontractual del activo común clientela.....	354
b. Conclusión acerca de la estimación de la indemnización por clientela en el contrato de franquicia: inadmisibilidad de la misma bajo sus presupuestos, y posibilidad de inclusión de la clientela en la valoración del lucro cesante.....	359
c. Razones para una probable exclusión de la clientela como concepto indemnizable.....	371

B.3. La indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la finalización del contrato de franquicia.....	378
a. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios derivada de la terminación del contrato de franquicia en el Derecho comparado de nuestro entorno.....	378
b. Hechos causantes de la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de la extinción del contrato de franquicia en el Derecho español...	383
c. Consecuencias en el orden del resarcimiento de daños y perjuicios de la ilicitud declarada con ocasión de la normativa de defensa de la competencia y de competencia desleal.	390
d. Hechos causantes de la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de la extinción del contrato de franquicia (cont.). Discurso acerca de su procedencia ante la no-renovación del mismo.	393
e. Principios generales que excluyen la indemnización por daños y perjuicios	400
f. Condiciones de aplicabilidad de la indemnización por daños y perjuicios.....	402
f.1. Elementos que integran los daños y perjuicios.....	402
f.1.a. . El daño emergente. Elementos que lo integran.....	405
f.1.b. El lucro cesante. Elementos que la integran, con especial referenc	
a la clientela.....	410
g. Reflexión acerca de la admisibilidad del llamado “daño moral”	416
B.4. Incidencia de la autonomía de la voluntad como factor de exclusión de la indemnización procedente en la extinción del contrato de franquicia.....	418
Conclusiones.	423
Índice alfabético de autores.....	446
Índice de laudos.....	482
Laudo en sede española.	482
Laudos en sede extranjera.	482

Índice de jurisprudencia.....	484
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea.....	484
Sentencias del Tribunal Supremo.	484
Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA.....	487
Sentencias de Audiencias Provinciales.....	488
Sentencias de Juzgados de Primera Instancia.	495
Actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre contratos de franquicia.....	495
Decisiones.....	495
Informes.....	495
Resoluciones.....	495
Sentencias de otros países.....	497
Alemania.....	497
Australia.....	498
Austria.....	498
Italia.....	498
Francia.....	499
Países Bajos.....	501

Abreviaturas

AGBG	Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Ley alemana sobre las condiciones generales de la contratación
AP	Audiencia Provincial
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Código civil alemán
BGH	Bundesgerichtshof – Tribunal Superior alemán.
BOE	Boletín Oficial del Estado (español)
C.c.	Código civil (español)
C. civ.	Codice Civile (de Italia)
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
Cit.	Citado/a
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
Ed.	edición
Espec.	Especialmente
HGB	Handelsgesetzbuch – Código de comercio alemán.
GJ	<i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia).

<i>IJFDL</i>	<i>International Journal of Franchising & Distribution Law</i>
<i>JIFDL</i>	<i>Journal of International Franchising & Distribution Law</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit International</i>
KG	Kammergericht (Tribunal alemán)
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCA	Ley del Contrato de Agencia
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCon.	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal de 2ª instancia territorial alemán)
<i>Op.cit.</i>	Obra citada
<i>Passim.</i>	A lo largo del texto en cuestión
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i> (España)
Reg.	Reglamento
RGD	Revista General del Derecho
<i>RIW</i>	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RPJ</i>	Revista del Poder Judicial

<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
SAP / SSAP	Sentencia Audiencia Provincial / Sentencias id.
Sent.	Sentencia
SJ Prim. Inst.	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STS / SSTs	Sentencia Tribunal Supremo / Sentencias id.
STSJ	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TS	Tribunal Supremo
UNIDROIT	Instituto de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho privado.
<i>Vid.</i>	Véase
WIPO	World Intellectual Property Organización
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelrecht und Wirtschaftsrecht</i>

Notas introductorias.

El éxito y la espectacular extensión que la franquicia ha tenido en USA y en Europa se debe a una serie de factores relativos al estado y evolución del comercio, especialmente en la última mitad del siglo.

En el tráfico económico moderno, el fabricante no concentra sus esfuerzos únicamente en la producción de los bienes, sino que pretende influir directamente sobre las ventas de los mismos, en la previsión de evitar los obstáculos a la conservación o incremento de su cifra de negocio.

Otra particularidad de la actual vida económica es el aumento de la demanda de prestaciones de servicios comerciales, como es el caso de los servicios postventa, que los clientes buscan en sus lugares de residencia. Estas necesidades desarrollan una colaboración en las escalas de la producción, marketing y distribución. De ahí que en el ámbito mercantil, la prestación de tales colaboraciones configure un género de comercio, el objeto de la actividad mercantil misma¹.

A través de la franquicia, las grandes empresas tienen la posibilidad de crear una red controlable de establecimientos cara al público mediante una organización central, y hacer frente a las expectativas de los consumidores.

A pesar de lo tardío del fenómeno en Europa, ha alcanzado un lugar importante junto a los otros sistemas de comercialización con gran rapidez, sobre todo en Francia.

¹ Angulo Rodríguez, L. "Contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, G.J. Jiménez Sánchez (coord.), 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 371; Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, Berna: Druck Copy Quick, 1991, p. 1.

En España, por su parte, desde que a finales de los años cincuenta llegara un empresario francés con tal propuesta de negocio para los empresarios españoles, ha alcanzado un notable desarrollo. Así, en nuestro país operan actualmente cerca de doscientas cincuenta empresas franquiciadoras, de las que un sesenta por ciento son españolas y un cuarenta por ciento extranjeras, y que hacen posible el funcionamiento en régimen de franquiciados a más de veintitrés mil establecimientos que, a su vez, proporcionan empleo a unas setenta mil personas y suponen entre un dos y un tres por ciento del total del comercio minorista².

A. TRASCENDENCIA ECONÓMICA DEL SISTEMA DE FRANQUICIA Y DEL CONTRATO EN PARTICULAR.

En torno a la mera cuestión terminológica, el origen histórico del contrato ha determinado que el término más usual haya sido el de *franchising*³, existiendo alternativamente distintas adaptaciones nacionales. Así, en Francia también se utiliza el término de *franchise* o *franchisage*. Por su parte, en España, se ha impuesto el término de franquicia, que es el que utilizaremos a lo largo de esta obra⁴.

² El prof. Vicent Chuliá lo calificará como el "contrato rey de la distribución", *vid. Introducción al Derecho mercantil*, 17^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004., p. 833. Este desarrollo es más destacable desde el 83, particularmente desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas, *vid. Dueñas, E. "Franquicias. Crecimiento y diversificación hacia los servicios", Distribución y consumo*, n.º. agosto-septiembre, 1995, p. 57. Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, F.J. Alonso y otros (coord.), Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 700.

³ Propiamente, los americanos hablan de *franchise* para designar los derechos concedidos, de *franchising* (del verbo *to franchise*: conceder una franquicia) para designar el hecho de conceder una franquicia, de *franchisor* para designar aquél que concede una franquicia y de *franchisee* aquél que recibe la franquicia.

⁴ Algunos autores españoles, no obstante, prescinden de la adaptación al español en favor de la denominación inglesa *franchising*, así Cardelús i Gassiot, L. *El*

El concepto de este tipo negocial ha ido evolucionando según ha ido desarrollándose en la práctica del comercio. El carácter multiforme y carente de regulación de la figura han traído como consecuencia cierta disparidad en las nociones utilizadas tanto en los autores como en la jurisprudencia. Tal disparidad se corresponde con una fuerte tendencia en la comunidad internacional que incluye en la definición de franquicia diversos tipos de contratos de distribución, de licencia y de transferencia de tecnología⁵.

Rasgo común en todos los casos es su noción como un sistema de comercialización basado en una idea de negocio perteneciente al franquiciador, y bajo una marca insignia común a la red, asociado con un mayor o menor grado de control o asistencia⁶.

Las ventajas económicas del sistema de franquicia despliegan sus efectos tanto a escala global del mercado, como a la particular de los contratantes⁷. Respecto del mercado cumple un doble objeto: de una parte, es un instrumento de formación de una

contrato de franchising, Barcelona: PPU, 1988, *passim*. y espec. p. 11 y s. Para referirse a las partes, se utiliza en castellano los términos de "franquiciador", y de "franquiciado".

⁵ Una breve exposición sobre estas cuestiones conceptuales, puede verse en Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 18, 2000, pp. 95-98. *Vid.*, igualmente, UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional* - Doc. 9, Roma: UNIDROIT, 1994, p. 2.

⁶ Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 26^a ed., vol. II, Madrid: McGraw Hill, 2004, p. 184 y ss.; Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 11^a ed., vol. II, Madrid: Tecnos, 2003, p. 128.

⁷ Rodríguez, L. "A propósito del franchising", *La Ley*, tomo 3, 1986, pp. 877-879. Las ventajas para las partes en la franquicia son notables, como destaca Pinto Monteiro, A., *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 122 y ss. y, asimismo, Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *op.cit.*, pp. 92 y s.

unidad económica flexible de empresas que se especializan en la venta o fabricación exclusiva de los productos o prestación servicios bajo la marca del concedente; de otra parte, es un nuevo modo de organización del mercado, y primordialmente del circuito de distribución y de comercialización de la producción⁸.

La primera de las funciones u objetos indicados de la franquicia respecto del mercado, señala que ésta posibilita la formación de cierto nivel de cooperación empresarial. Efectivamente, existen diversas razones por las cuales una empresa se ve compelida o impulsada a romper su individualidad en el mercado para realizar procesos más o menos amplios de integración. Básicamente supone la búsqueda de una presencia más efectiva en el comercio, de acentuar su competitividad y de obtener unos mayores beneficios.

La franquicia supone una integración de base contractual, nacida de un acuerdo específico, que se proyecta en una colaboración económica dilatada en el tiempo dirigida al desenvolvimiento en común de determinada actividad de gestión.

⁸ Las ventajas del sistema de franquicia para el mercado en su triple vertiente macroeconómica, de los particulares comerciantes implicados y, por último, de los mismos consumidores han sido señaladas, sobre todo, con referencia al Derecho de la competencia que, desde su primera regulación por el Derecho europeo de la CEE, ha perfilado un marco de exención de algunos de sus rasgos característicos en el contexto de los reglamentos de prohibición de acuerdos considerados anticompetenciales. *Vid.* Cockborne, J.E. "La franquicia y las normas de la CEE sobre la competencia: decisiones recientes y el nuevo reglamento de exención por categoría", *Noticias C.E.E.*, núm. 62, 1989, pp. 43-66. Explicación de sus ventajas respecto del mercado igualmente explicitadas en la normativa comunitaria directamente implicada: Reg. CEE núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (DOCE núm. L 359/46, de 28 de diciembre de 1988), derogado por el Reg. CE 2790/1999, *cit.*

Precisamente, del éxito de esta colaboración en el tiempo va a depender el mismo éxito de la franquicia para ambas partes⁹.

La noción de cooperación de empresas aplicable a este ámbito significa una labor conjunta a través de la cual una o más funciones empresariales se mancomunan o se conciertan (cooperación funcional). Esta colaboración se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los contratantes entre sí, y en la conservación de su independencia.

El franquiciado adquiere mediante su posición en el sistema un papel de intermediario, con una independencia jurídica y económica, al menos formalmente, en el cual los productos o los servicios prestados bajo la marca del franquiciador llegan a los consumidores (distribución integrada)¹⁰. De esta forma, el propietario de la marca conserva sobre los productos o servicios un determinado control desde su gestación hasta su convenio final, pero se desvincula a través de la creación de economías de escala descentralizada de determinados riesgos. Y lógicamente, las

⁹ Así se desprende de los estudios económicos realizados, según los cuales, la confianza entre las partes y la entrega en la ejecución del negocio por parte del franquiciado son los elementos que construyen esta colaboración que, en último término, conduce al mismo éxito de la franquicia. *Vid.* Bordonaba-Juste, M.V. y Polo-Redondo, Y. "Relationships in Franchised Distribution System: the Case of the Spanish Market", *Int.Rev. of Retail, Distribution and Consumer Research*, vol. 14, núm. 1, enero 2004, pp. 101-127.

¹⁰ El fenómeno asociativo empresarial es muy diverso según el grado y la amplitud de la vinculación entre los participantes en esta colaboración y puede suponer una agregación informal, una agregación patrimonial, y una agregación contractual que es el caso de la franquicia. El contrato es, de este modo, el reflejo de la relación de integración en el fenómeno de la distribución integrada de bienes y servicios; *vid.* Alfaro Águila-Real, J. "Franchising" (Voz), *Enciclopedia Jurídica Básica*, A. Montoya Melgar (coord.), Madrid: Civitas, 1995, pp. 3153-3158; Frignani, A. *Il franchising*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1990, p. 3-6; Pigassou, P. "La distribution intégrée", *RTD com*, 1980, pp. 474-544, espec. pp. 490 y ss.. Sobre el encuadre de la franquicia en la distribución integrada, nos extenderemos más ampliamente *infra*.

empresas que asumen las fases que se descentralizan por el propietario de la marca obtienen por ello notables beneficios¹¹.

La racionalidad económica básica de estos contratos estriba en que permite a las partes conseguir los beneficios que proporcionan las economías de escala en desarrollo organizacional y de reputación, y al propio tiempo, incrementar el incentivo en el nivel del distribuidor para esfuerzos de venta y beneficios. En definitiva, las partes recurren a estos contratos porque se abaratan de este modo los costes de distribución de los productos y servicios de marca¹².

El interés concurrente o núcleo de la cooperación entre las empresas parte en un sistema de franquicia es la aplicación de un *know-how*, que supone una determinada forma de realización comercial, sobre la base de la imagen y de la capacidad empresarial demostrada del franquiciador¹³.

En cualquier caso, este interés concurrente no excluye el particular, y en cierto modo contrapuesto, de franquiciador y franquiciado¹⁴. Ambos intereses se yuxtaponen: el interés común de los partícipes es el medio para la satisfacción de los particulares, a cuya realización contribuye cada prestación efectuada en el conjunto de la red¹⁵.

¹¹ Leloup, J.M. "La definition du contrat de franchise", *La Semaine Juridique, éd. commerce et industrie*, núm. 5, 1980, p. 13-15. Papel del franquiciado en el sistema asumido igualmente por la jurisprudencia, así, *vid., ad exemplum*, el Fto. Dcho. 3º STSJ Cataluña núm. 5152/1994, de 30 septiembre -AS 1994/3532-.

¹² Paz-Ares, C. "La terminación de los contratos de distribución", *R.D.M.*, núm. 223, 1997, p. 15.

¹³ Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage*, París: L.G.D.J., 1990, p. 17; Frignani, A. *Il franchising, op.cit.*, p. 7.

¹⁴ *Vid.* Frignani, A. *Il franchising, op.cit.*, p. 6.

¹⁵ En el reforzamiento de la red no hay una satisfacción directa del interés particular, sino que mediatiza la obtención del interés de cada comerciante

El contrato de franquicia cumple la misma función que el contrato de sociedad para la misma sociedad: es el instrumento que da vida a una relación de colaboración articulada y duradera entre dos empresarios para la consecución de intereses comunes y convergentes¹⁶.

De esta manera el contrato, acto bilateral, deviene instrumento de organización de relaciones organizadas, cuasiplanificadas entre franquiciador y franquiciados, y el medio de establecer una unidad económica constitutiva de una red de comercialización¹⁷. Consecuentemente, los acuerdos de franquicia pueden considerarse una modalidad intermedia entre la comercialización directa y la estructura comercial¹⁸.

integrado en la red. Con ello, la optimización de recursos y la unidad competitiva exige la comunidad del fin, pues de otro modo no se produciría la satisfacción última de los intereses particulares, *vid.* Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid: McGraw Hill, 1995, p. 163 y s.

¹⁶ Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, Turín: G. Giappichelli Editore, 1991, p. 204.

¹⁷ Guyenot, J. *Qu'est-ce que le franchising?. Concessions commerciales*, Francia: Dunod, 1973, p. 13-15.

¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas (Dirección General XXIII), *Contratos de franquicia en la Comunidad Europea*, en Colección de Estudios "Comercio y distribución", núm. 18 (elaborado por L. Pilotti y R. Pozzane), 1991, p. 3. En el mismo sentido, C. Paz-Arés ubica a estos contratos en un lugar intermedio entre la empresa y el mercado; los contratos de distribución, entre los que destaca a estos efectos al de franquicia y al de concesión, representan una estrategia organizativa a mitad camino entre la integración vertical y el intercambio discreto realizado en el comercio independiente. *Vid.* Paz-Arés, C. "La terminación de los contratos de distribución", *op.cit.*, pp. 13-15.

B. RELEVANCIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN ESPAÑA, Y PROBLEMÁTICA CONTRACTUAL QUE PRESENTA.

Sobre la base de un índice económico de análisis de la realidad, como es el volumen de facturación, se puede constatar un incremento notable de la incidencia de la franquicia en nuestro país¹⁹. Correlativamente, desde los años 90 también se han incrementado los asuntos litigiosos que lo tienen por objeto²⁰.

A su vez, la legislación sobre la materia, ha pasado a ser puntual, incidental sobre determinados aspectos genéricos

¹⁹ El sistema de la franquicia en España facturó en 2002, 11.968.153.000 euros lo que supone un 4,7% más que el año anterior, según el Informe Estadístico del Sistema de la Franquicia en España elaborado por la Asociación Española de Franquiciadores (AEF). Éstos y otros datos estadísticos comparativos, a nivel nacional e internacional pueden obtenerse en www.franquiciadores.com/datos_sector.asp?mn=datos.

²⁰ Así, si bien la primera de la sentencia de nuestro alto tribunal que podemos recoger data de 1985, no será hasta once años después que no constatemos otro pronunciamiento sobre el contrato que nos ocupa. Desde esa fecha, los pronunciamientos no son muy numerosos pero sí mucho más frecuentes. *Vid.* STS, de 15 de mayo de 1985 -RJ 1985/2393-; STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-; STS núm. 826/1996, de 21 octubre -RJ 1996/7234-; STS núm. 164/1997, de 4 de marzo -RJ 1997/1642-; STS núm. 385/1998, de 30 de abril. Su incidencia a partir de los años 90 es mucho más numerosa a nivel de audiencias provinciales, lo que hace augurar un mayor número de asuntos sobre los que tendrá que decidir el Tribunal Supremo en un futuro próximo; *vid.* SAP La Rioja de 13 julio 1992 -AC 1992/1072-; SAP Lleida de 5 febrero 1992 -AC 1992/368-; SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-; SAP Vizcaya de 27 enero 1993 -AC 1993/34-; Auto AP Toledo de 21 mayo 1996 -AC 1996/1587-; SAP Madrid núm. 734/1996 -AC 1996/2585-; SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-; SAP Pontevedra núm. 194/1997, de 2 de mayo -AC 1997/1147-; SAP Huesca núm. 355/1998, de 20 noviembre -AC 1998/2476-; SAP Orense, de 7 enero 1999 -AC 1999/79-; SAP Navarra núm. 260/1999, de 11 noviembre -AC 1999/2446-; SAP Vizcaya núm. 606/ 1999, de 3 de diciembre -AC 1999/7439-; SAP Valencia núm. 390/2000, de 28 de abril -AC 2000/1193-; SAP Zaragoza núm. 256/2000 -AC 2000/1287-; SAP Valencia núm. 31/2001, de 17 enero -AC 2001/1269-; SAP Asturias de 22 enero 2001 -AC 2001/106-.

aplicables a distintos contratos²¹, a tener como objeto concreto la regulación de la franquicia; no obstante, tales disposiciones regulan determinados elementos no configuradores del tipo, circunscritas fundamentalmente al ámbito de la defensa de la competencia, especialmente a escala europea²², y al establecimiento de una obligación de información precontractual y de registro de los franquiciadores²³.

Sin embargo, tal normativa no se corresponde con el fondo discutido en un porcentaje estimable de los litigios sobre dicho negocio, que tienen como origen alguna disputa surgida con ocasión de la extinción del contrato en sentido amplio (incluyendo

²¹ Con anterioridad a la normativa que en el ámbito del comercio minorista regula el contrato de franquicia, las disposiciones que incidían sobre éste relativas a las relaciones entre las partes, además de las propias del Derecho común que se proyectan sobre distintos aspectos contractuales, atañían a la defensa de la propiedad intelectual e industrial, a la defensa de la competencia y a la competencia desleal y, en el ámbito internacional, a la regulación de carácter tributario, aspecto cuya aplicación concreta se cernía en el pago de royalties en franquicias internacionales, *vid.* el tratamiento incidental del tema en Guardiola Sacarrera, E. "Régimen fiscal de las transferencias internacionales de tecnología", *RJC*, núm. 1, 1995, p. 113. Con aplicación concreta al contrato de franquicia y relativo a la actualmente derogada normativa de control de cambios, *vid.* Ulloa, G. "Termination of franchise agreements", en *JIFDL*, vol. 7, núm. 4, 1993, pp. 156.

²² Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, que deroga el anterior Reglamento CE 4087/88 de la Comisión, de 30 de Noviembre. El Derecho español relevante vigente en la materia, es el R.D. 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. (BOE núm. 90, de 15 de abril).

²³ Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, y el Real Decreto 2485/1998, de 13 de Noviembre por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores.

cesión, renovación, etc.), y a la concreción de sus consecuencias²⁴; razón por la cual estimamos que debe abordarse un análisis de estas cuestiones centrado en la realidad española, con referencias al Derecho comparado, principalmente al europeo y al de EEUU²⁵.

Efectivamente, la problemática de esta clase de contratos viene directamente relacionada con la dependencia temporal de la realización del interés económico contractual de las partes, en especial del franquiciado cuya presunta debilidad deberá evaluarse, como así los mecanismos establecidos en Derecho para su protección, si cabe. Y si bien los supuestos de explotación abusiva de esta dependencia han sido resueltos en el ámbito jurídico nacional y transnacional²⁶, o al menos constan intentos legales más

²⁴ Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2004, p. 574 y s.. Avalando dicha aseveración, ejemplificativamente diremos que de las 25 sentencias citadas en la nota a pie núm. 14 que se han fallado en sede del TS o de AP en nuestro país, el objeto litigioso tenía como base alguna causa de resolución del contrato de franquicia o de concreción de sus consecuencias en algo más de la mitad; concretamente en 14.

²⁵ La razón de tal elección del Derecho comparado elegido como objeto de cotejo y de ilustración de soluciones posibles se ha basado en una serie de criterios, tales como la cercanía, física y de origen común en las fuentes históricas del Derecho, con respecto al Derecho europeo continental, y con relación al norteamericano, por su relevancia en cuanto al peso de enseñas, el volumen de negocio, expansión internacional y antigüedad en el tratamiento normativo del contrato de franquicia. A más ende, la incidencia de la franquicia internacional con expansión en suelo español valida la selección operada, habida cuenta que el estudio realizado en el seno de la AEDF refleja que la mayor parte de las franquicias con origen en otros países que operan en España, proceden de Estados Unidos (37), seguidas por Francia (36) e Italia (19), de las 122 totales censadas en el año 2002. *Vid.* www.franquiciadores.com/datos_sector.asp?mn=datos. En la actualidad, cerrado el informe a diciembre 2003, la evolución internacional del sector parece afirmar tales tendencias expansionistas de los países reseñados, siendo destacable la pujanza de Portugal con 18 enseñas, cuyo futuro habrá que observar. *Vid.* www.franquiciadores.com/doc/datos_graficos_2004.xls

²⁶ Paradigmática en este sentido es la normativa que articula la defensa de la defensa de la competencia con referencia al mercado nacional, que exige la represión del abuso de explotación de una situación dominante entre empresas.

o menos afortunados dirigidos fundamentalmente a regular determinadas situaciones producidas a lo largo de la vida del contrato, incluyendo la fase previa a su conclusión²⁷, no puede decirse otro tanto del final de la relación.

La cuestión no es baladí, no sólo por la litigiosidad de la cuestión, sino asimismo por la misma naturaleza del contrato radicado en la colaboración entre las partes dilatada a lo largo del tiempo sobre el que se proyectan prestaciones recíprocas continuas

En esta línea se produjo una reforma paralela tanto la Ley de Defensa de la Competencia como la Ley de la Competencia Desleal, modificadas ambas en virtud de Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (publicada el 29/12/1999, -BOE. núm. 311/1999-). Sin duda proyecta su eficacia sobre las relaciones entre las partes en el contrato de franquicia, si bien mediatizada por el objeto de tal normativa y por el margen de sus condiciones; sobre el particular volveremos *infra*, En el marco del Derecho comparado las disposiciones tuitivas del contratante sometido al abuso de posición dominante obviamente adoptan una expresión concreta según el país de referencia, así como también en el marco del Derecho uniforme. En el Derecho europeo comparado, alemán, italiano, francés, etc., adopta una posición semejante a la descrita en la realidad española, mientras que en el Derecho americano adquiere unas connotaciones propias y diversificada según los Estados federales que se contemple. Respecto del Derecho uniforme, nuevamente queda referida las disposiciones con este objeto protector al ámbito contractual genérico y, sobre todo, con el objeto de establecer un marco justo de relaciones entre las partes en el comercio internacional que palie las desigualdades injustificadas y abusivas entre las partes, *ab initio* o con posterioridad a la ejecución del contrato. Sobre todo ello, volveremos extensamente *infra*.

²⁷ La obligación de suministrar con carácter previo a la firma del contrato cierta información relevante relativa a la franquicia, tuvo su origen frente a los abusos reiterados que, especialmente en Estados Unidos, han sufrido numerosos empresarios al contratar con franquiciadores sin experiencia avalada del éxito del negocio y, en general, con mala fe. Son conocidas tales disposiciones por su expresión anglosajona de *disclosure acts*. Posteriormente, este tipo de normas se ha extendido por una diversidad de países, como es el caso europeo de Francia, Italia y también España. A su vez, los códigos deontológicos del sector también han incluido previsiones al respecto. Sobre todo esta normativa volveremos más tarde, en el epígrafe correspondiente a la terminación del contrato de franquicia y los mecanismos tuitivos establecidos legalmente, en la Parte II de este trabajo.

y periódicas y, por lo tanto, que precisa de una cierta estabilidad. Quizás por su configuración como relación duradera es tan conflictiva su extinción; y no sólo con referencia a la finalización extemporánea o por incumplimiento, sino también en las hipótesis de desistimiento unilateral cuando es de duración indefinida, y respecto de la eventualidad de la no-renovación o prórroga del mismo.

Al tiempo, resultan controvertidos una serie de efectos postcontractuales, como la posibilidad o no de indemnizaciones devengadas por el franquiciado, no surgidas del incumplimiento de la parte sino de la misma extinción de la relación, el alcance admisible de la obligación de no-competencia a éste impuesta, o la misma liquidación del negocio.

Cuestiones éstas controvertidas, entre otras causas, por la carencia de posición negociadora del franquiciado que no puede introducir o modificar estipulaciones que le amparen frente a las consecuencias desventajosas de la extinción del contrato. Efectivamente, este contrato se concluye por una fuerte empresa franquiciadora con cada uno de los franquiciados que, consecuentemente, no puede atender a particularidades con cada uno de ellos, por lo que se ha convertido en un contrato estándar. Es una consecuencia de la fuerza del franquiciador que puede imponer un contrato-formulario sin que se discutan sus cláusulas y que, además, de esta forma salvaguarda la unidad de la red.

La jurisprudencia ha aceptado e incluso asumido como beneficioso para el sistema la naturaleza adhesiva del contrato de franquicia, sin que ello afecte a la validez y eficacia jurídica del negocio jurídico. De esta forma, la hegemonía contractual del franquiciador, con su posición de control y capacidad de resolución anticipada, está justificada sin que ello implique un desequilibrio de prestaciones; y ello es así porque la credibilidad y rentabilidad de la

marca comercial que distribuye está íntimamente ligada con que la franquiciada cumpla con las obligaciones pactadas y alcance el rendimiento apetecido. La asunción de sus condiciones por el eventual franquiciado entra en el margen de su libertad que, si lo firma, es porque está interesado en participar de las ventajas que a él le reporta la posibilidad de obtener beneficios de determinada marca²⁸.

Precisamente, es esta libertad del franquiciado en asumir el clausulado del contrato la que debe ser garantizada en primera instancia, y la única forma, aparte de las cautelas frente a presuntos vicios del consentimiento, situación contingente que no es relevante en cuanto que ocasional, es realmente mediante una correcta información del compromiso que adquiere éste aceptando las condiciones convencionales estipuladas. Con este objetivo, nos remitimos a la normativa de referencia relativa a las condiciones generales de la contratación y al deber de información precontractual que el franquiciador debe suministrar al franquiciado, así como el deber de registro de determinados elementos del negocio franquiciado que aquél ha de registrar.

Mas, garantizado el conocimiento precontractual del franquiciado en las condiciones contractuales pactadas, no queda resuelto el complejo entramado suscitado con ocasión de la finalización del contrato de franquicia, su eventual prórroga o las consecuencias que de la extinción definitiva se derivan.

Éste es el objeto marco del trabajo, estructurada en dos partes: en la primera, de carácter preliminar, cuyo fin es la delimitación de los contornos del contrato desde diversos perfiles que lo sitúen y, en la segunda, axis del estudio, donde propiamente y sobre la base de la delimitación efectuada, analizaremos la

²⁸ Fto. Dcho. 2º de la SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-.

incidencia del tiempo en este tipo contractual, las previsiones legales de carácter tuitivo susceptibles hipotéticamente de ser aplicables al franquiciado, y las modalidades y efectos de la extinción del contrato de franquicia.

En el discurso adoptado en esta segunda parte nos hemos situado desde el ángulo del franquiciado, aquél que entra en la red adhiriéndose a las estipulaciones prerredactadas por el franquiciador, posicionándose como parte dependiente de la relación, entendiendo que el origen de la conflictividad expuesta se encuentra principalmente en las consencuencias de la desigualdad entre ambas partes, que se proyecta sobre los modos de extinción/renovación de la relación negocial y sus efectos, habida cuenta que es el franquiciador quien ofrece un elenco cerrado de estipulaciones contractuales y en la servidumbre económica de aquél.

Desde este parámetro, analizamos diferentes mecanismos tuitivos del contratante considerado débil que, desde distintos ámbitos del Derecho, proyectan su eficacia sobre el negocio jurídico obligacional y, particularmente, en el momento final del mismo. Con ello buscamos ubicar al franquiciado en el sitio o sitios idóneos de este complejo entramado jurídico, planteándonos al tiempo y a la luz de las reflexiones que se suscitan, si el franquiciado es realmente "merecedor" de tal protección. Si bien hemos partido de categorías propias de nuestro sistema jurídico, se ha procurado un análisis comparado con otros ordenamientos nacionales y, respecto de determinados puntos, también del Derecho uniforme trasnacional y de las normas deontológicas del sector.

Avanzando a través de las conclusiones parciales que se van alcanzando, los siguientes puntos del trabajo describen y analizan los modos de finalización del contrato y las consecuencias jurídicas

que de ello se derivan. Por último, en cuanto a los efectos señalados de la extinción destaca la controvertida cuestión de la procedencia o no de indemnizaciones postcontractuales a favor del franquiciado, de forma similar al contrato de agencia y al planteamiento efectuado respecto de otros contratos afines, como el de concesión.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA
Y SUS CONSECUENCIAS.

**PARTE I: LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA,
PROBLEMÁTICA ASOCIADA. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL
CONTRATO.**

1. Análisis de la incidencia del tiempo en el contrato de franquicia.

Uno de los temas que más conflicto suele suscitar entre las partes de los diversos tipos contractuales es el de la finalización del mismo, puesto que sus efectos rebasan en muchos casos lo meramente económico. Más concretamente, la problemática sustancial de la variada tipología suscitada al amparo de la distribución viene definida entre muchos aspectos por razón de los efectos del desistimiento unilateral y la problemática de la extinción del contrato y el preaviso²⁹.

La búsqueda y el estudio de los fenómenos extintivos de la relación obligatoria hay que hacerlos contemplando dicha relación en su compleja unidad, esto es, el punto final del sistema de organización de intereses establecido entre las partes y el agotamiento de la relación de intercambio y de cooperación que existe entre ellas. Se trata entonces de establecer una enumeración "aproximada" de los supuestos que puedan considerarse como extintivos, tarea que puede intentarse recurriendo a la disciplina normativa de la particular relación obligatoria³⁰.

²⁹ Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp. 574 y s. Éste es igualmente el sentir de la jurisprudencia española, como indica el Fto. Dcho. 2º de la SAP Vizcaya núm. 585/2003, de 31 de octubre, -JUR 2003/272236-, *cit.*, y cuya realidad es fácilmente constatable en cualquier colección jurisprudencial donde se haga un rastreo de las cuestiones litigiosas que ocupan a esta clase de contratos. Realidad predicable igualmente respecto de la franquicia, según constata la doctrina, también internacional; así, *v.gr.*, *vid.* Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, Wiesbaden: Deutscher Universitäts Verlag, 1998, p. 160, o la valoración genérica del tema realizado en Marzorati, O.J. y Hurwitz, A. "Termination of the franchise relationship", *JIFDL*, vol. 11, núm. 3, 1997, pp. 87-92.

³⁰ Lara González, R. *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid: Civitas, 1998, p. 38.

Como no tenemos tal disciplina en la franquicia en lo referente a este momento del negocio, habrá que acudir a fuentes diversas, como la práctica jurisprudencial, los tratados doctrinales, el código deontológico que le atañe, datos extraídos de la práctica cotidiana, como estadísticas publicadas por asociaciones de empresarios del sector, documentos negociales obtenidos y, particularmente, con la referencia de la teoría general de los contratos y del fenómeno extintivo de aquellos con los que el de franquicia guarda una mayor identidad, englobados bajo la amplia categoría de la distribución³¹.

En un resumen somero de las causas extintivas del contrato de franquicia, según se desprende de las fuentes citadas, éste se extingue por las causas generales previstas en el ordenamiento jurídico y, especialmente por el cumplimiento del plazo establecido para su vigencia. En defecto de plazo o en el caso de que el contrato se pactara por tiempo indefinido, cabrá el desestimiento unilateral de cualquiera de las partes, que habrá de ejercitarse siempre con arreglo a los principios de la buena fe. La muerte de cualquiera de las partes no implicará necesariamente causa de resolución de estos contratos, celebrado más que en función de las personas contratantes, en función de las condiciones que presenta la empresa franquiciadora³². Por último, el contrato podría

³¹ Vid. Climent, E. "El contrato de franquicia", en *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. IV, 3ª ed., 1992, p. 145.

³² Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp. 574. En todo caso, el mayor o menor grado de consideración del contrato como *intuitu personae* o *intuitu instrumentii* determinará el grado de rigidez de la transmisibilidad del negocio franquiciado ya *inter vivos* ya *mortis causa* y dependerá, en cualquier caso, del concreto contrato de franquicia que se considere. Lo que resulta indiscutible es la importancia de una especial confianza en el franquiciado para la franquiciadora derivado de la necesidad de confidencialidad del know-how y de la importancia de la imagen de red. En consecuencia, el franquiciado no podrá ceder o traspasar a terceras personas a título oneroso o gratuito los derechos derivados del contrato, salvo acuerdo

extinguirse por haber incurrido en alguna de las causas que afectan a su validez, en cuyo caso, el juez declarará su nulidad³³.

Más allá de las causas extintivas indicadas, y de las consecuencias liquidatorias que de la extinción del contrato se derivan, se suscitan en este momento de la vida del contrato algunas cuestiones en las que la concreción de la normativa aplicable determina una respuesta concreta que varía sustancialmente dependiendo de la ley que la regule.

Consecuentemente, la ausencia de una disciplina reguladora de los aspectos sustantivos de los contratos de distribución integrada, entre los que se encuentra el de franquicia, tiene una especial trascendencia en el momento de su extinción, puesto que plantea problemas singulares, especialmente si el contrato es de duración indefinida. La cuestión se centra fundamentalmente en dos cuestiones relacionadas con la resolución unilateral de estos contratos: de un lado, la necesidad de preaviso y, de otro, el derecho del franquiciado a reclamar una indemnización con causa en dicha ruptura. Debate que ha cobrado virtualidad tras la promulgación de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, que regula con criterios de derecho imperativo los deberes y derechos de referencia³⁴.

expreso y por escrito del franquiciador. Ordiñaga, S. y Quiles, C. en ponencia sobre el contrato de franquicia en el Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia en octubre y noviembre de 2002.

³³ Leloup, J.-M. *La franchise. Droit et pratique*, París: Delmas (Éditions Dalloz), 2000, p. 319. La nulidad contractual en Derecho español es producida por algún defecto invalidante en alguno de los elementos esenciales del contrato, o por que así lo establezca alguna disposición imperativa infringida con ocasión del contrato.

³⁴ Planteamiento genérico de Ricardo Alonso Soto respecto de los contratos de distribución entre los que entiende comprendidos a los de franquicia. Alonso Soto, R. "Los contratos de distribución comercial" en *Curso de Derecho*

A estas dos cuestiones surgidas de la extinción del contrato, se suma el problema de la retirada de mercancías sobrantes y la liquidación de saldos de material³⁵.

A. PUNTO DE PARTIDA: AUSENCIA DE UNA DISCIPLINA NORMATIVA QUE REGULE LOS DIFERENTES ASPECTOS RELATIVOS A LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

A.1. Atipicidad relativa del contrato de franquicia.

La consideración del contrato de franquicia como atípico cuya combinación de elementos debe ser determinado caso por caso es la mayoritaria tanto en la doctrina española³⁶, como en la de otros países³⁷. Realidad que no sólo queda referida a la ley española,

Mercantil, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), Madrid: Civitas, 2001, p. 199. *Vid.*, asimismo, Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp. 574 y ss.

³⁵ Pérez De La Cruz Blanco, A. "Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica", *Contratación mercantil*, Emilio Beltrán Sánchez y Ubaldo Nieto Carol (coords.), Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico 1998, p. 37. Cuestiones ya planteadas como problemáticas e irresolutas respecto del contrato de franquicia desde hace más de 10 años, cuando el tratamiento de la materia era inusual por nuestra doctrina, centrada en cuestiones más generales de delimitación de la figura contractual y valores semejantes; *vid.* un planteamiento de la cuestión efectuado en 1993 dirigido a un público internacional, preferentemente norteamericano, ya acostumbrado a estas cuestiones, en Ulloa, G. "Termination of franchise agreements", *op.cit.*, pp. 155-159.

³⁶ Como mero ejemplo, Aguiló Piña, J. F. "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", *R.G.D.*, dic. 1986, p. 4811; Cardelús i Gassiot, L. *El contrato de franchising*, *op.cit.*, p. 10; Rosell, J. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 205; De una forma un tanto menos clara, Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, Madrid: Trivium, 1991, p. 79-83.

³⁷ Sin ánimo de agotar todas las opiniones doctrinales extranjeras que consideran al contrato de franquicia como atípico, *vid.* Pinto Monteiro, A., *Contratos de Distribuição Comercial*, *op.cit.*, p. 127; Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch*, Berlin: Verlag Die Wirtschaft, 1994, p. 41 y s.; Gross, H. y Skaupy, W. *Franchising in der Praxis*, Duseldorf y Viena: Econ Verlag, 1976, p.

sino que es común en la mayoría de las naciones³⁸. Ahora bien, tal afirmación debe modularse en atención a las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, tal característica no puede predicarse con rotunda absolutividad³⁹, puesto que el contrato de franquicia aparece regulado en diversos cuerpos legales, tanto desde el Derecho privado, como especialmente desde el Derecho público y, en concreto, por el Derecho de defensa de la competencia, según ya hemos indicado. Con arreglo a esta dispersión normativa, matizadamente podría

281-284; Skaupy, W. *Franchising. Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis*, 2ª ed., Munich: Verlag Franz Vahlen, 1995, p. 11 y ss.; Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", en *Münchener Vertragshandbuch*, Schütze, R. y Weipert, L. (coord.), Munich: CH. Beck'sche Verlagshandbuchhandlung, 2ª ed. 1987, *op.cit.*, p. 688; Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, *op.cit.*, p. 26-30; (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en droit suisse*, Lausanne: Imprimeries Populaires, 1978, p. 59 y s.; Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, *op.cit.*, p. 74 y ss.

³⁸ En la mayoría de Estados, la regulación de este tipo de contratos está limitada a determinados aspectos. *Vid.* Campbell, D. y Lafili, L. (editores). *Distributorships, Agency and Franchising in an International Arena: Europe, the United States, Japan and Latin America*, Conferencia sobre agencia, franquicia y distribución de marzo de 1989 en Waidring (Austria), Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. En algunos casos, con referencia a la obligación de información precontractual, como es el caso de Francia, en otros más omnicompreensiva, como Japón, y en otros, depende de los Estados federales, existe normativa o no y ésta, además, puede tener por objeto la información precontractual, la regulación del sustantiva del contrato o ambas, como en EEUU y Canadá. Volveremos más tarde con mayor detenimiento sobre el particular.

³⁹ De cualquier forma, tal y como acertadamente señala L. Díez-Picazo, una atipicidad absoluta no puede ser más que una utopía, ya que la labor de creación de nuevas figuras contractuales está muy limitada en los ordenamientos jurídicos desarrollados. *Vid.* Díez-Picazo, L. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 8ª ed., 2000, p. 36 y s.

afirmarse que más que atípico se trata de un contrato regulado de manera fragmentaria y dispersa⁴⁰.

2. En segundo lugar, ha de entenderse referida a su realidad legislativa pero no a la social, ya que posee una reiteración como fenómeno general que le ha dotado de un *nomen iuris* y de una disciplina doctrinal y, en grado creciente, jurisprudencial⁴¹.

Así pues, lo que aquí quiere valorarse con esta calificación es el hecho de que carece de una configuración normativa completa que responda a los problemas de su admisibilidad y validez, así como que determine cuál es la disciplina a la que el contrato debe estar sometido; situación que queda paliada por el art. 62 L.C.M. y su Reglamento de desarrollo⁴², pero que aún queda lejos de dar una respuesta satisfactoria a estas cuestiones⁴³.

⁴⁰ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p. 834. *Vid.*, asimismo, Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp. 571.

⁴¹ En contra L. Cardelús, para el cual la atipicidad del contrato de franquicia es tanto legal como social, *El contrato de franchising*, *op.cit.*, p. 27. En contra también J. Echebarría, desde la posición contraria, y según el cual el hecho de que no se otorge un régimen material completo al contrato no puede impedir la tipicidad del negocio, no ya social, sino también jurídica, *vid.* Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 106.

⁴² RD 2485/1998 (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1998).

⁴³ Como ha puesto de manifiesto el prof. Martínez Sanz en el comentario que realiza del mismo art. 62 LCM, probablemente lo más correcto sea entender que la franquicia es un contrato que goza de "tipicidad de configuración", aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia en el ordenamiento jurídico; *vid.* Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 700. Para el prof. Lázaro esta carencia de disciplina orgánica jurídico-privada que dista de ser completada por la LCM, permite afirmar que el contrato de franquicia sigue siendo un contrato nominado que permanece en la atipicidad, *vid.* Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, *op.cit.*, p. 99. Por otra parte, la misma incapacidad de dicho precepto y su normativa de desarrollo para configurarse

A.2. Atipicidad parcial del contrato de franquicia y régimen jurídico aplicable.

La regulación limitada a algunos aspectos del contrato de franquicia le permite convertirse en un instrumento conveniente para diferentes tipos de relaciones económicas, pero es una complicación cuando no se distingue claramente de otros tipos de contratos⁴⁴. Tal imprecisión obliga al juez que tenga que decidir acerca de la validez de una determinada relación obligatoria de estas características, a precisar en primer lugar la concreta disciplina a él aplicable.

La doctrina civilista ha resuelto tradicionalmente esta cuestión desde la asimilación del negocio atípico en alguno de los tipos previstos en el Derecho. Esto supone que el régimen jurídico del contrato de franquicia, a falta de regulación expresa, se determine con arreglo a la normativa con la que analógicamente presenta una mayor identidad de razón, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 C.c., según alguna de las siguientes soluciones⁴⁵:

como estatuto del contrato de franquicia, es la misma limitación material de la Ley, de cuya aplicación quedan excluidas las actividades profesionales en general, los oficios (tales como peluquerías o servicios de reparaciones de bienes), no los sectores de hostelería, turismo, espectáculos y ocio; *vid.* Alonso Espinosa, F.J. "Régimen General de la Actividad Comercial Minorista", *R.D.M.*, núm. 231, 1999, p. 16. Sectores donde, sin embargo, ha prendido con una especial fuerza el negocio de franquicia.

⁴⁴ El problema no es sólo jurídico, sino que es especialmente significativo desde el punto de vista económico. En este sentido son varios los problemas relacionados con sus consecuencias sobre las reglas de competencia, así como su capacidad de influir en los modelos organizativos que rigen la expansión de los puntos de comercialización, especialmente en el extranjero. Comisión de las Comunidades Europeas (Dón. Gnal. XXIII), *Contratos de franquicia en la Comunidad Europea, op.cit.*, p. 56.

⁴⁵ Vicent Chuliá, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona: Bosch, 3ª ed., t. II., 1990, p. 51; Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 5ª edición, Madrid: Civitas, 1996, p. 391 y s.

1. La absorción en la disciplina normativa del contrato típico con el que el contrato innominado presente una mayor identidad; y
2. La resultante de la combinación de las normas correspondientes a cada uno de aquellos negocios jurídicos de los que participa el contrato atípico de prestaciones comunes.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado expresamente en diversas ocasiones acerca de la naturaleza atípica del contrato, afirmando de forma unívoca que éste, por su naturaleza comercial y mercantil, queda en primera instancia regulado por la autonomía de la voluntad de las partes, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, por el recurso a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica; solución recogida y admitida por la doctrina, que afirma su naturaleza mixta que integra prestaciones de otros contratos⁴⁶.

Le serán igualmente de aplicación las disposiciones imperativas que, en función de la aplicación de la normativa con eficacia sobre dicha parte del contrato de franquicia proceda, como es el caso de la licencia de marca y, para aquellas prestaciones sin

⁴⁶ Citando en primer lugar a la doctrina, *vid.* Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p. 834; también González-Varas Ibáñez, S. "Las franquicias", en *Derecho de los Negocios*, abril 2002, p. 18; Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 708, y también Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, *op.cit.*, p. 103. La jurisprudencia ha resuelto la disciplina jurídica del contrato en la forma indicada en la generalidad de ocasiones en las que se ha pronunciado sobre el mismo; así, *vid.*, *v.gr.*, la calificación como atípico del contrato de franquicia y la solución aportada de forma idéntica en las sentencias de STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-, en la SAP Málaga núm. 82/2004, de 6 de febrero -JUR 2004/103187-, en SAP León núm. 243/2003, de 1 de julio -JUR 2004/14633-, en la SAP Asturias núm. 220/2003, de 4 de junio, -AC 2003/1988- y sentencias en esta última citadas (en su Fto. Dcho. 1º), entre otras muchas.

regulación sustantiva reconducible vía analógica, será de aplicación subsidiaria las normas generales del Derecho y, particularmente, del contractual.

De esta forma, de las dos teorías propuestas, no es admisible la de la absorción, puesto que una cosa es la equiparación del contrato de franquicia a aquél con el que respecto de determinadas prestaciones guarda identidad o semejanza –que no es posible- y, otra, el que se recurra a las normas reguladoras del contrato mercantil en cuestión para la regulación subsidiaria del contrato atípico de franquicia⁴⁷; y sólo matizadamente cabría admitir la de la combinación, al menos como técnica que pretende completar la regulación de todo el contrato, ya que un grupo esencial de las estipulaciones que configuran el contrato de franquicia no pueden reconducirse claramente a las de los diferentes contratos típicos⁴⁸.

La situación se resuelve abriendo el catálogo de contratos que participan de la misma prestación no dineraria, ampliándolo en función de los cada vez más frecuentes acuerdos comerciales atípicos. La dificultad consistirá, en su caso, en dar forma e integrar una tipología específica para el contrato de franquicia y aquellos que de él se puedan derivar. Evidentemente, y mientras el legislador no complete esta labor, ésta descansa sobre los jueces que, a partir de la configuración social que los operadores del

⁴⁷ Fto. Dcho. 1º de la STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-, *cit.*, con referencia al contrato de compraventa. En el mismo sentido y respecto del mismo contrato se ha pronunciado la SAP Alicante núm. 138/2002, de 14 de marzo, -JUR 2002/139857-, y la SAP Burgos núm. 81/2002, de 11 de febrero, -AC 2002/892- y la SAP Murcia núm. 199/2000, de 8 de mayo, -JUR 2000/201552-. El recurso sistemático en la jurisprudencia a la normativa que regula la compraventa se justifica por la prestación de suministro frecuente en los contratos de franquicia de distribución, y las controversias que acerca de la entrega de mercancías o su pago, entre algunas otras, surgen.

⁴⁸ Técnica rechazada sin ambages por Ruiz Peris, J.I. Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, *op.cit.*, p. 102.

comercio internacional le dan, así como de la escasa y parcial normativa que sobre él existe, van dando forma al contenido obligacional del contrato.

Por lo tanto, y con relación al aspecto concreto que nos ocupa de la terminación del contrato, habida cuenta que la ausencia de una disciplina que regule su contenido impide una solución unívoca a las cuestiones planteadas con ocasión de su extinción, las soluciones alcanzadas para cada uno de los aspectos relacionados con este momento de la vida del contrato, según iremos viendo en cada uno de los apartados donde son tratados, han tendido a justificar sus posiciones desde razonamientos similares a los utilizados respecto de los contratos situados en el ámbito de la distribución comercial.

Pero más allá de esta constatación, la primera cuestión que es necesario dilucidar es la misma duración de la sinalagmaticidad de las prestaciones recíprocas. Si bien ninguna duda ofrece el momento de partida de su eficacia: ésta se proyectará desde el momento de la firma o bien en un momento posterior pactado; la cuestión no tan precisa es la fijación del fin de la misma. Sobre el particular, no existe previsión normativa alguna.

Aquí, como en otros elementos que le caracterizan, se está ante un contrato atípico en el que el contenido del mismo, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, es el que marca su verdadera dimensión jurídica en el marco de las reglas y principios generales de los contratos. Sobre esta premisa, el contrato de franquicia puede establecerse por tiempo determinado o indeterminado según haya expresado la a voluntad de las partes en las concretas cláusulas del contrato (arts. 1091 y 1255 C.c.), siempre respetando y cumpliendo sus términos de acuerdo con las normas generales de la contratación y con las normas específicas

que le sean aplicables, como es el caso de la LCM⁴⁹. Voluntad de las partes que, cuando ha resuelto satisfactoriamente los problemas del contrato (duración del mismo, preaviso, cuantía de las indemnizaciones a la extinción del contrato o renuncia expresa a ellas, etc.), hace innecesario el recurso a ningún cuerpo legal aplicable por analogía⁵⁰.

B. LA DURACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA FRANQUICIA (CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO Y DE CONFIANZA –*INTUITU PERSONAE*-).

Por la forma de ejecutarse, el contrato de franquicia no se agota con la mera entrega en un sólo acto del conocimiento técnico, sino que comporta obligaciones duraderas entre las partes. Esta continuidad en el tiempo de las obligaciones contractuales puede venir indicado por diversas cláusulas, que pueden variar según la concreta forma que adopte la franquicia; como comunes podemos indicar las consistentes en la obligación de comunicar al franquiciado el know-how y, particularmente, los perfeccionamientos que éste vaya teniendo lugar, en el pago de un canon periódico en la forma que se establezca o en la asistencia técnica debida a la empresa receptora sobre el uso de este "saber hacer", etc.

Con arreglo a este clausulado, más o menos complejo según los casos, la franquicia configura una integración entre dos empresarios de base contractual, nacida de un acuerdo específico, que se proyecta en una colaboración económica dilatada en el

⁴⁹ Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, *op.cit.*, p. 112. Asimismo, Deleuze, J. M. "Contrat de savoir-faire", en *Juris-Classeur. Contrats-distribution*, París: Juris-Classeur, fasc. 590, 1995, p. 10; Pinto Monteiro, A., *Contratos de Distribuição Comercial*, *op.cit.*, p. 34; Fto. Dcho. 2º de la SAP Orense de 7 de enero de 1999, -AC 1999/79-.

⁵⁰ Referencia genérica efectuada respecto de los contratos de distribución, entre los que se incluye a los de franquicia, en Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p. 833.

tiempo en virtud del cual un comerciante se integra en la red mediante un convenio celebrado *intuitu personae*⁵¹ o, indicado de forma más precisa, *intuitu instrumenti*; expresión esta última con la que se incide en la consideración de las aptitudes técnicas y productivas de la empresa (así, lo relevante no es tanto las condiciones de la persona del eventual franquiciado, como la idoneidad de su organización).

Como consecuencia, puede afirmarse que los contratos de franquicia son contratos de duración según se deriva de la función económica que tienden a cumplir; es, por lo tanto, un negocio jurídico de tracto sucesivo. Efectivamente, la finalidad última del contrato de franquicia es acercar el producto o servicio del franquiciador al mayor número posible de consumidores o usuarios finales, aunque la inmediata sea la transmisión de una forma de empresa. Es decir, en primera instancia se pretende obtener un máximo interés del intermediario elevando su implicación en el proceso pero sin abandonarlo en su puesta en marcha y en su ejecución, para que en última instancia éste defienda como propia la distribución del bien o la prestación del servicio del franquiciador.

Así, es necesario que la promoción se haga de forma regular e incesante durante un cierto tiempo para que empiece a generar frutos. A más ende, duración e integración van en esta sede estrechamente ligadas, ya que la colaboración continuada entre las partes y la coincidencia de intereses u objetivos requieren el carácter duradero de la relación comercial⁵². Afirmada la importancia del tiempo como un eje axial del negocio de franquicia, se precisa determinar cuál es su duración mínima aceptable, los

⁵¹ Landon, E. "Distribution-Franchise", *op.cit.*.

⁵² Pellisé de Urquiza, C. *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 47.

límites máximos admisibles legalmente y, en todo caso, la práctica habitual del sector⁵³.

C. DURACIÓN MÍNIMA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Algunos contratos especifican claramente en el clausulado la duración del mismo, y en otros se establece con carácter indefinido, e incluso en alguno no se hace mención específica del tema. La opción por un plazo más o menos largo depende, además de los criterios empresariales del franquiciador, de los distintos sistemas de franquicia: si se trata de una franquicia cuya implantación exige un gran esfuerzo inversor, como en el ámbito de la restauración o de la gastronomía, la duración prevista tenderá a ser mayor que en aquellos otros sistemas donde se exijan menores inversiones, por mera lógica de optimización de

⁵³ Respecto de la práctica del sector, nos resulta útil con carácter indicativo las estadísticas proporcionadas por las asociaciones profesionales de franquiciadores. Particularmente en España, según estadística del año 2003, sobre un total de 963 centrales de franquicia, la duración habitual de los contratos es de 5 años (42,68% de las cadenas), siendo 10 años el siguiente periodo con el 15,78% de los contratos. 19 centrales formalizan contratos por un periodo de un año, 25 establecen periodos "variables" y 18 formalizan contratos por tiempo indefinido. En el 44% de los casos, el propio contrato contempla la posibilidad y establece el criterio de renovación del mismo. Según se puede cotejar, apenas existen variaciones respecto del año anterior, más que en el porcentaje implicado mas no en los cómputos: así, durante el 2002, la duración habitual de los contratos de franquicia fue igualmente de 5 años (38% de las cadenas), siendo 10 años el siguiente periodo con el 14,26% de los contratos. Cabe señalar que, frente a las 19 del 2003, en el 2002 son 28 las centrales que formalizan contratos por un periodo de un año, que 23 establecen periodos "variables" y 22 formalizan contratos por tiempo indefinido. Así, el descenso en el número de contratos celebrados por un año se ha visto compensado con un descenso similar en cuanto al número de los celebrados a tiempo indefinido, con lo que no puede afirmarse tendencia alguna hacia la temporalidad o hacia la duración indefinida de los contratos. Fuente: Guía de la franquicia de Barbadillo Asociados, años 2002 y 2003.

recursos, amortizaciones y ciclos económicos de rentabilización de la clientela⁵⁴.

En cualquier caso, el período previsto ha de ser suficiente como para permitir a ambas partes, y especialmente al franquiciado, amortizar la inversión realizada⁵⁵; obviamente, deseable es para ambas partes, además, que como consecuencia de la relación comercial emprendida obtengan unos beneficios mínimos antes de que expire el contrato ante la eventualidad de que no fuese renovado, si bien su logro dependerá, entre otros

⁵⁴ Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, *op.cit.*, p. 60.

⁵⁵ En esta línea se expresa el Código Deontológico Europeo de la Franquicia al indicar el contenido mínimo de las cláusulas del contrato; según él, la duración del contrato deberá ser lo suficientemente larga como para permitir que el franquiciado amortice sus inversiones iniciales; resulta paradigmático en cuanto a la al sentido común de este principio y al común sentir de ambas partes, franquiciadores y franquiciados, que tal regla es aceptada por la misma norma de ética empresarial autoimpuesta por los primeros. En este mismo clausulado, como contenido mínimo, habrá igualmente de contemplarse las cláusulas de renovación y rescisión del contrato. Fuente: la Asociación Española de Franquiciadores en su página web, www.franquiciadores.com. La necesidad de que el contrato de franquicia tenga una duración suficiente según los parámetros indicados es una constante en la doctrina a nivel internacional; *vid.*, entre otros, Peckert, F., Erdmann, G. y Kiewitt, A. *Franchise und Lizenz 2002*, Frankfurt am Main: Frakfurter Allgemeine Buch, 2002, p. 91 -93; Nebel, J., Schulz, A. y Wessels, A.M. *Das Franchise-System: Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, 2ª edición aumentada y corregida, Neuwied: Lutherhand, 2001, p. 244; Marot, Y. *La Franchise*, en la colección "Les mots du pro", 3ª edición, París: Gualino Editeur, 2000, p. 58 y s.; (De) Nova, G. *Nuovi Contratti*, Turín: UTET, 1994, p. 217; Frignani, Aldo *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, *op.cit.*, p. 279; Pigassou, P. "La distribution intégrée", *op.cit.*, pp. 509 y s., o Zuddas, G. *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, Turín: G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 325 y ss.. Cada uno de los autores mencionados fija este tiempo necesario para la amortización según una variable de estimaciones que toman en cuenta, entre otros datos, los usos nacionales; así, *v.gr.*, este último autor, consecuente con la praxis italiana contractual, considera que el tiempo mínimo es de 4 ó 5 años, hasta un máximo de 9, si bien simplemente a título indicativo.

factores, del buen hacer y es, por lo tanto, un riesgo ínsito a la actividad empresarial.

Ahora bien, cuál sea el tiempo necesario para que el franquiciado haya podido obtener el provecho necesario para amortizar gastos no es cosa fácilmente determinable *a priori*, sino que dependerá del supuesto concreto del contrato de franquicia en el contexto en el que se desarrolle –lugar de desarrollo, objeto, situación de mercado,...-⁵⁶, si bien existe alguna estimación legal en Derecho comparado⁵⁷. Por otra parte, el franquiciador necesita

⁵⁶ Una excesiva rotación de los franquiciados tampoco interesa al franquiciador dado el coste de formación de empresarios noveles en el negocio franquiciado, el desgaste en imagen que se puede derivar de la continua adaptación y en la captación de nuevos franquiciados, habida cuenta que uno de los datos a declarar en el Registro de franquiciadores pertinente por zona de actuación es el número de franquiciados que han dejado la red en los dos últimos años [art. 7 c) Real Decreto 2485/1999, por el que se desarrolla el art. 62 de la Ley de Comercio Minorista].

⁵⁷ En esta dirección se encuentra la Ley italiana conocida como "*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*", *infra* comentada y citada. En su art. 3.3 se temporaliza la duración mínima necesaria. Según éste, si el contrato es de tiempo determinado, el franquiciador deberá garantizar al franquiciado una duración mínima suficiente para la amortización de la inversión y que *no podrá ser inferior a tres años* salvo resolución del contrato anticipada por incumplimiento de una de las partes. Fuente: www.assofranchising.it/leggi.htm. La duración mínima garantizada de tres años ha sido justificada por el legislador actuante en su redacción (Senador Sergio Gambini), porque, de un lado, es suficiente como fase experimental respecto de una franquicia naciente, y al tiempo, permite por no ser un tiempo demasiado largo, la creación de una red en situaciones de ventaja competitiva por la originadlidad del bien o servicio incorporado al mercado. *Vid.* Gambini, S. "Le Proposte di Regolamentazione a livello nazionale e il disegno di Legge approvato al Senato", en *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Roma: FIF/UNIDROIT, 2001, pp. 108. Si bien, tal previsión no parece que vaya a modificar la práctica negocial de la franquicia en Italia, ya que según datos ya de los años 80 es constatable en este país que la duración del contrato en la mayor parte de los casos está comprendida entre los tres y los cinco años, con alguna excepción; así, es anual para Buffetti y Supernegozi Meta, bienal para Casakit, Flexon y Mondadori, de nueve años para la Standa, etc. *Vid.* Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, tesis doctoral, ejemplar mecanografiado, Università degli Studi di Roma, 1988, p. 76.

garantizar la eficiencia del sistema distributivo, también articulando un sistema ágil de "recambio" del franquiciado cuyo punto de venta o de servicio haya dejado de ser eficaz para la cadena. En este sentido, se muestra particularmente útil una cadencia temporal del contrato que permita "tener en guardia" a los franquiciados que permita una renovación automática del contrato si todo va bien⁵⁸.

En cualquier caso, la determinación apriorística de la duración del contrato considerada como necesaria en función de dicha amortización, y las consecuencias que de ello se derivan, queda a la consideración de un eventual aunque difícilmente alcanzable acuerdo entre las partes; acuerdo que, de producirse, sólo puede conducir o bien a un compromiso por escrito del franquiciado dando por satisfechas todas las pretensiones y reivindicaciones que pudiese tener respecto de la relación obligatoria, o bien a la fijación de una indemnización que el franquiciador pagará al franquiciado en el supuesto de aquella resolución que los contratantes hayan calificado casuísticamente como *ante tempus*.

Sin embargo, previsiblemente tal pacto no tendrá lugar, dado el carácter de renuncia de un derecho que tendría sobre el franquiciado dar por zanjadas sus pretensiones en el primer supuesto y, por el contrario, el escaso interés que presumiblemente tendrá el franquiciador en indemnizar al

⁵⁸ Carmen Quiles y Silvia Ordiñaga en ponencia sobre el contrato de franquicia en el Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia los días 8, 15, 24 y 29 de octubre y 5 de noviembre de 2002. Desde luego, resulta más razonable fijar una duración del contrato de franquicia que permitiendo amortizar las inversiones iniciales efectuadas por el franquiciado, dé la posibilidad al franquiciador de revalidar la idoneidad de aquél como parte de su red de franquicias, que no establecer un periodo de prueba durante el cual la resolución del contrato sea válidamente aceptado por ambas partes sin mayores consecuencias, como si de un contrato de trabajo se tratase; éste es el caso, en lo que nosotros alcanzamos a conocer insólito, del contrato devenido litigioso y dirimido en la SAP Barcelona, de 9 de septiembre 2002, -AC 2002/1728-.

contratante con el que está finiquitando su relación comercial si el reconocimiento del derecho y su cuantía no viene reconocido arbitral o judicialmente.

En definitiva, no puede determinarse un tiempo como mínimo admisible de duración del contrato de franquicia necesario para que el franquiciado pueda amortizar las inversiones iniciales efectuadas siguiendo las instrucciones de la franquicia; lo que sí parece razonable es que en el caso de que no se haya dado, sin causa que lo justifique, debe contemplarse la posibilidad de algún tipo de compensación establecida vía mecanismo indemnizatorio; punto cuya reflexión la aplazamos al momento de tratar las indemnizaciones postcontractuales.

D. DURACIÓN MÁXIMA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

A falta de regulación normativa del contenido del contrato de franquicia, la principal fuente normativa de determinación de la duración máxima del contrato es la autonomía de voluntad de las partes, si bien incide en el particular la normativa de defensa de la competencia, según veremos seguidamente. En cualquier caso, siempre va a depender de la modalidad concreta de franquicia que se pretenda desarrollar. Así, por ejemplo, si ésta es del tipo de *master franchise agreement* lo común son plazos de duración largos⁵⁹, puesto que el master franquiciado ha de desarrollar el

⁵⁹ De entre las distintas posibilidades de intermediación entre las que puede escoger el franquiciador internacional para penetrar en los mercados extranjeros, la más frecuente en el tráfico externo es la de *Master-franchising*, usualmente llamada en castellano franquicia principal. La normativa comunitaria de defensa de la competencia reconoció a esta figura en el primer reglamento que se ocupó de la franquicia, definiéndola en el art. 1.3 f. Reg. 4087/88 *cit.* como *aquel "acuerdo por el cual una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados.* El franquiciado principal dispone de derechos territoriales

sistema en un determinado territorio con subfranquiciados como si él mismo fuese el franquiciador original⁶⁰.

A su vez, en la determinación de la duración del contrato de franquicia surge una oportuna reflexión acerca de la incidencia de la normativa comunitaria de defensa de la competencia respecto de aquellos contratos bajo su ámbito de aplicación⁶¹, con especial relación al alcance permitido de la cláusula de no-competencia.

El concepto de tal cláusula es descrito en el art. 1 del Reg. 2790/1999 como aquellas que obliguen a una parte: a) a no fabricar, vender o revender bienes o servicios objeto de la franquicia, o b) a adquirir del franquiciador o de los proveedores autorizados por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado.

La vigencia admisible de tales cláusulas, ex art. 5 Reg. 2790/1999, es de cinco años, pasados los cuales, se declaran nulas, lo que en la mayoría de los presupuestos no será tiempo suficiente para amortizar las inversiones realizadas por el

exclusivos, generalmente a escala nacional, asumiendo el papel del franquiciador para el territorio concedido y, en esta dimensión, con la capacidad de abrir establecimientos él mismo y de conceder subfranquicias. Es, por lo tanto, el único responsable del éxito comercial de la red, que gestiona de manera independiente, *vid. Comisión de las Comunidades Europeas (Dón. Gnal. XXIII), Contratos de franquicia en la Comunidad Europea, op.cit., p. 35.*

⁶⁰ En este sentido, no son desconocidos términos de veinte años prorrogables por otros tantos. Véase, Unidroit, *Guide to International Master Franchise Arrangements*, Roma: Unidroit, 1988, p. 47.

⁶¹ Como regla general, quedan excluidas de las restricciones impuestas por el Reg. 2790/1999 al quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado CE, las franquicias que no superan un 10% en el mercado de referencia (Comunicación de la Comisión 2000/C 291 /01 - Directrices relativas a las restricciones verticales). En cualquier caso, para que las exenciones previstas en el Reg. se apliquen, es necesario que la cuota de mercado del franquiciador, concebido al caso como proveedor, no exceda del 30% del mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales.

franquiciado⁶². La única posibilidad de excepcionar tal limitación temporal, en virtud del mismo precepto, es si los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el franquiciado desde locales y terrenos que sean propiedad del franquiciador, o que estén arrendados por el franquiciador a tercero no vinculados con él, en cuyo caso la cláusula de no-competencia se puede extender durante la vigencia del contrato.

Si bien una lectura literal de dicho precepto parece indicar que el franquiciador debe limitar la vigencia del contrato a cinco años, una lectura más detenida, particularmente contextualizada a la luz de las Directrices interpretativas de las restricciones verticales, nos indican una conclusión distinta, de forma que se entienden lícitas aquellas cláusulas de no-competencia que excedan los cinco años siempre que se den las siguientes condiciones: a) que las citadas cláusulas tengan como finalidad la protección de la identidad y reputación común de la red franquiciada y de los derechos de propiedad intelectual cedidos al franquiciado de forma no exclusiva; b) que la cesión de los citados derechos de propiedad intelectual, objeto de protección, no constituyan la esencia del contrato, sino que dicha cesión tenga por fin el permitir y apoyar el fin principal pretendido, consistente en la venta o reventa de productos o servicios; c) que el franquiciador no ocupe una posición dominante, esto es, que no esté situada su cuota de mercado por encima del umbral máximo del 30% y, d) que la extensión temporal de la cláusula no exceda de la duración del contrato⁶³.

⁶² Martín Trilla, E. y Echarri Ardanaz, A. *La Franquicia. Aplicación práctica y jurídica*, Elcano: Aranzadi, 2000, pp. 46.48.

⁶³ En virtud de una lectura conjunta de los puntos 42 a 44, así como de los números 199 a 201 de la Comunicación de la Comisión que indica las Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01). Véase el análisis de este punto desarrollado en Domínguez, J. "Las cláusulas de no-competencia a la

Por lo tanto, no la duración máxima del contrato queda al arbitrio de los contratantes, sin que exista obstáculo a su duración indefinida, si bien, en la medida en que incorpore cláusulas de no-competencia dentro del marco del Derecho de la competencia aplicable, la duración del contrato quedará mediatizada por la validez de éstas; esto es, su nulidad no determina automáticamente la del contrato, si bien es difícil pensar que el franquiciador prolongue éste más allá de la vigencia que prevea de aquella, si razonablemente la incluye en su contenido.

E. RESUMEN CONCLUSIVO ACERCA DE LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

El contrato de franquicia es un contrato de colaboración, lo que implica la realización de una serie de prestaciones periódicas; así ha sido calificado como un contrato de duración o de tracto sucesivo que, impregnado del interés común que anima a ambos contratantes, engendra una relación obligatoria duradera basada en la fidelidad y en la confianza mutuas⁶⁴. Por lo tanto, la concreción del tiempo de vigencia del contrato adquiere una importancia singular.

Dicha concreción, en ausencia de disciplina normativa que regule el contenido del contrato, descansa fundamentalmente en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁵. Ciertamente

luz de la nueva reglamentación comunitaria", *Expertos en franquicia*, Madrid: mundoFranquicia consulting, 2002, pp. 93-96. Por el contrario, no entiende que en el texto comunitario quepa apreciar extensión de la limitación de los cinco años bajo ninguna circunstancia, Rocafull, J. y García, F. "¿Ha adaptado el contrato al nuevo Reglamento europeo?", *Expertos en franquicia*, Madrid: mundoFranquicia consulting, 2002, pp. 208 y s.

⁶⁴ Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, p. 95.

⁶⁵ La calificación como atípico del contrato de franquicia es un *tropo* común de nuestra jurisprudencia, y la solución aportada a la regulación del contrato que parte de la autonomía de la voluntad de las partes, es igualmente tratado de

que, dada la naturaleza adhesiva del contrato, no será propiamente fruto de un eventual acuerdo entre ambas, sino del consentimiento del franquiciado al modelo de contrato aportado por el franquiciador, fijando igualmente en este punto⁶⁶.

Los límites legales a la determinación por los contratantes de la vigencia del contrato son, por lo tanto, los existentes respecto de la autonomía de la voluntad con carácter general por el ordenamiento jurídico; esto es, la ley, la moral y el orden público⁶⁷. Respecto del primero de estos, ya hemos señalado una limitación derivada de la normativa de defensa de la competencia cuando se cumplen sus presupuestos y respecto del margen máximo de duración del contrato. El otro límite se encuentra en el carácter de

forma idéntica en las sentencias de STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-, en la SAP Córdoba núm. 182/2004, de 15 de julio -AC 2005/62- (que textualmente indicará en su Fto. Dcho. 2º que *en orden a la duración de estos contratos debe estarse a lo especialmente establecido entre las partes*, al igual que la SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-), en la SAP Salamanca núm. 125/2004, de 30 de marzo -JUR 2004/128805-; en la SAP Málaga núm. 82/2004, de 6 de febrero -JUR 2004/103187-, en SAP León núm. 243/2003, de 1 de julio -JUR 2004/14633-, en la SAP Asturias núm. 220/2003, de 4 de junio, -AC 2003/1988- y sentencias en esta última citadas (en su Fto. Dcho. 1º), entre otras muchas.

⁶⁶ La finalidad última de la actuación del franquiciador se resuelve en la constitución de una red de distribución homogénea; razón por la cual elabora un clausulado genérico frente al cual, el interesado en formar parte de la cadena se adherirá o rehusará, sin capacidad efectiva de negociación. Planteamiento desarrollado en Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 133-136; así como en Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 90-95. Naturaleza adhesiva aceptada y admitida igualmente por la jurisprudencia "...porque la credibilidad y rentabilidad de la marca comercial que distribuye está íntimamente ligada con que la franquiciada cumpla con las obligaciones pactadas y alcance el rendimiento apetecido ", según afirma la SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650- e igualmente la SAP Córdoba núm. 182/2004, de 15 de julio -AC 2005/62-; y señalada igualmente por la doctrina extranjera; *vid.* Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, *op.cit.*, *passim*. También Liesegang, H. *Der Franchise-Vertrag*, *op.cit.*, p. 6 y s., n.p. 5 en p. 17.

⁶⁷ Art. 1255 C.c.

condición general que posee dicha cláusula en cuanto que no es de libre pacto por las partes, sino impuesta al franquiciado. Sobre esta última, ciertamente, habrá que estar a la normativa específica, la LCGC, cuya aplicación concreta al acuerdo de franquicia nos referimos en un apartado propio⁶⁸.

Difícil es pensar que no exista mención en el contrato de la duración del mismo, pero puede darse el caso, en cuyo supuesto, sino existen indicios claros aceptados por ambas partes de lo contrario, se entenderá celebrado por tiempo indefinido.

2. Naturaleza del contrato de franquicia.

A. PLANTEAMIENTO

A.1. Naturaleza jurídica causal y regulación del contrato.

El análisis de la naturaleza jurídica causal del contrato de franquicia interesa con un doble fin: en primer lugar, individualizar el tipo en sí mismo, partiendo de las diferencias con aquellos de cuyos elementos participa o que por su afinidad pueden ser con él confundidos; y, en segundo lugar y como consecuencia, determinar la disciplina jurídica de la que participa en función del sector o "familia" de contratos en los que se incardine, lo que nos permitirá precisar las cuestiones comunes y las soluciones otorgadas respecto de los otros tipos afines con relación a la terminación del contrato, con las particularidades que en su caso la singularidad de la franquicia determine.

La tipología se realiza en función de aquella obligación que es típica y definitoria de un determinado grupo de contratos por encima de su individualidad y que opera, además, como el factor distintivo respecto del resto; frente a ésta se encuentra la

⁶⁸ En las pp. 211 y ss.

contraprestación pecuniaria, común a todos (o la mayoría) de los contratos bilaterales⁶⁹. Así, por ejemplo, el factor aglutinador de la categoría que corresponde a los contratos de distribución, *estricto sensu*, es la adquisición de mercancías por el distribuidor para su reventa en nombre y por cuenta propia.

Desde esta aproximación caben dos soluciones:

1. Que el contrato de franquicia encuentre acomodo en alguna de las categorías propuestas, de forma que el análisis del régimen jurídico de la terminación del contrato se simplificaría considerablemente al poder adoptar como parámetro de semejanza los otros contratos de la misma familia,
2. Que no quepa tal subsunción, entendiendo que la complejidad de la franquicia hace que participe de obligaciones propias de distintos esquemas negociales agrupadas y ordenadas a la consecución de un fin común, sin que sea posible determinar un tronco común único que lo catalogue.

A.2. Método del análisis de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

Son muy diversas las modalidades negociales de cuyos elementos el contrato de franquicia participa, teniendo en cuenta el

⁶⁹ La cuestión es determinar la función del contrato, la finalidad que desempeña dentro de la vida social, el resultado que con él las partes tratan de obtener. Elementos que, en nuestro Derecho, entroncan con la denominada causa del contrato; *vid.* Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato, op.cit.*, p. 217. Esta clasificación del contrato por su función económica, es decir, por la finalidad que persiguen los contratantes es la habitual en la doctrina española. Así, Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 17^a ed., *op.cit.*, p. 752; Ruiz Peris, J.I. *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Elcano: Ed. Aranzadi, 2000, p. 84, o Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid: Civitas, 2000, p. 484.

carácter polifacético de la figura⁷⁰. De este modo, el análisis es susceptible de multitud de aproximaciones.

Nosotros partiremos de las relaciones con el contrato de sociedad y con otras figuras asociativas con el objeto de definir el mismo carácter de las relaciones entre las partes, o bien sinalagmáticas, o bien asociativas, o bien mixtas de ambos tipos, y consecuentemente extraeremos las eventuales consecuencias del aspecto integrador de empresas en el contrato de franquicia.

Tras este análisis, consideraremos otras categorías de contratos afines: en primer lugar los llamados de gestión, y seguidamente los de distribución y las licencias de derechos sobre bienes inmateriales. En particular, la mayoría de las posiciones ha optado por encuadrar al contrato de franquicia en alguna de las dos últimas categorías jurídicas, donde haremos un especial hincapié.

En todos los casos partiremos de las categorías jurídicas del Derecho español sobre las que introduciremos las posiciones adoptadas en otros países.

⁷⁰ Es precisamente la gran variedad de acuerdos de franquicia lo que motiva al Grupo de Estudio sobre Franquicia en el seno de UNIDROIT, a plantearse la inconveniencia de adoptar una regulación internacional que determinara su contenido obligacional, más allá de las "disclosure laws". Vid. UNIDROIT, *Guide to International Master Franchise Arrangements*, Unidroit: 1998, p. xxxii; así como también, UNIDROIT, *Draft Articles for a Model Franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report as adopted by the UNIDROIT Study Group at its Fifth Session*, sesión celebrada en Roma el 7 Diciembre del 2000, p. 12 y s.

B. NATURALEZA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA: DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS.

B.1. VALORACIÓN DE LA INTERRELACIÓN –COLABORACIÓN– EMPRESARIAL ENTRE FRANQUICIADOR Y FRANQUICIADO.

Como consecuencia del acuerdo alcanzado entre franquiciador y franquiciado se produce un doble efecto: de un lado nace una relación sinalagmática entre ellos⁷¹, y del otro, se integra el franquiciado en una red o sistema que conlleva determinadas obligaciones comunes a todos sus integrantes. Así, posee un carácter mixto que lo sitúa entre los contratos conmutativos y el de sociedad que hace dudoso la atribución del régimen jurídico preciso a las relaciones entre las partes⁷².

El eje de la cuestión radica en la valoración del grado de integración empresarial entre franquiciador y franquiciados en orden a encuadrarlo dentro de los de colaboración o entre los de asociación; lo cual, a su vez, no es una digresión simple entre dos elementos, puesto que los matices y grados son diversos, e incluso las variantes terminológicas empleadas.

Con referencia a esto último, nos encontramos con que el complemento nominal "de colaboración" aplicado a la contratación mercantil es usado con un distinto alcance. De un lado engloba a aquellos contratos caracterizados por la comunidad de fin entre las

⁷¹ Sinalagmático porque "supone derechos y obligaciones para cada parte", tal y como reza el Fundamento de Derecho 1º de la Sent. AP La Rioja de 13 de julio de 1992 en el caso "*Europunto, S.A. vs. Monjuán, S.A.*" (AC 1992/1072).

⁷² Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, pp. 95-99. Carácter mixto apuntado también en la SAP de Barcelona de 11 de julio de 1989, donde se afirma que: "...más que contrato tradicional con voluntades e intereses contrapuestos, el de existencia de pactos asociativos o colectivos para fines negociales coincidentes...". Fuente: *Colex Jurisprudencia. Vid. Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", op.cit.*, p. 687 y s.; También Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch, op.cit.*, p. 42.

partes que pretende instrumentar la asociación entre dos o más sujetos con fines empresariales o profesionales⁷³; en nuestro sistema jurídico se contempla dentro de estos al contrato de sociedad, al de cuentas en participación y a las *joint ventures*, entre otros que son ajenos a la naturaleza de la franquicia. Sin embargo, el grado de cooperación empresarial propio de la franquicia no comporta la catalogación del contrato de franquicia como asociativo: el elemento diferenciador implica reconocer en las partes una relación de reciprocidad, frente a la interdependencia que caracteriza a los asociativos.

Desde otra perspectiva, la colaboración empresarial es valorada en función de la interrelación entre las partes cuyo inicio parte de la fase precontractual y dura todo el tiempo de ejecución del contrato de franquicia⁷⁴. Esta cooperación otorga a las partes un valor relacional más allá que el puro cambio de prestaciones, pero no supone dependencia orgánica, unidad económica y de dirección, impropia de una relación sinalagmática entre contratantes independientes.

Tal nota de colaboración es señalada por la doctrina⁷⁵ y por la jurisprudencia⁷⁶ y sin duda es propia del sistema de franquicia, pero sin que se pueda derivarse de ello ninguna disciplina concreta.

⁷³ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p. 811 y ss.

⁷⁴ La relación entre el franquiciador y cada uno de sus franquiciados es dinámica como consecuencia de la integración del franquiciado en una organización empresarial configurada bajo un mismo patrón y unos estándares y distintivos uniformes y homogéneos, que conlleva un aprendizaje, una transmisión de conocimientos, una asistencia técnica, adaptación al mercado, etc.;

⁷⁵ Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa*, *op.cit.*, pp. 485-492. *Vid.* también Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 65 y ss.; Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage*, *op.cit.*, 1990, p. 39 y 44. Colaboración empresarial valorada como mecanismo óptimo de penetración de mercados y para actuar en el comercio internacional, *Vid.* Guardiola Sacarrera, E. *Contratos*

Por último, la valoración del grado de colaboración o asociacionismo en la franquicia ha sido derivado por alguna doctrina al ámbito del Derecho de la competencia en orden a justificar los acuerdos de franquicia⁷⁷ o de encajar la figura en otras afines como la agrupación europea de interés económico⁷⁸.

En orden a profundizar en las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a la unión entre franquiciador y franquiciado, procederemos a comparar el contrato de franquicia con contratos de tipo asociativo.

de colaboración en el comercio internacional, Barcelona: Bosch, 1998, p. 7, 235 ss. y 247.

⁷⁶ Específicamente se define a la franquicia como un sistema de colaboración entre empresas distintas e independientes pero ligadas por un contrato en la Sent. AP La Rioja de 13 de julio de 1992, "*Europunto S.A. vs. Monjuán S.A.*", (AC 1992/1072). En el resto de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, sin utilizar el término concreto de "colaboración", sí que se describe lo complejo y dinámico de la relación entre las partes o, más específicamente, se señala el proceso de integración del franquiciado en el sistema de la franquicia, *vid.* Sent. AP Valencia de 21 de mayo de 1993 "*Talla Cero S.A. vs. Mamanoel España S.A.*", AC 1993/1024.

⁷⁷ Opinión avalada por A. Frignani, cf. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, op.cit.*, p. 213 y ss. Así, según el mencionado autor, la categoría de acuerdos de cooperación, predicada de la franquicia, ha sido elaborada en el ámbito del Derecho de la competencia. Al mismo tiempo, la franquicia supera este ámbito pudiendo ser encuadrada en el fenómeno más amplio de la distribución comercial conocido como "asociacionismo", cf. *Ibidem*, p. 215.

⁷⁸ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 183 y s. Figura la de la AIE por lo demás inaplicable a la franquicia, dadas sus limitaciones: así, no puede controlar directa ni indirectamente las actividades de sus socios, se requiere el nombramiento de órganos directivos y la gestión en régimen colegiado, todo lo cual es antinatural a las relaciones de franquicia.

a. El contrato de franquicia en relación al contrato de sociedad.

Según lo establecido en los arts. 1665 C.c. y del 116 C.co., la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas ponen en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. Fruto de este contrato es el nacimiento de una empresa, puesto que sus efectos no son puramente obligacionales.

Franquiciador y franquiciado podrían ser considerados como asociados en cuanto que se considere que ponen en común bienes de su industria, siempre que además concurren la *affectio societatis* y el reparto de beneficios, sin embargo, la valoración sobre la existencia de estos elementos es, ciertamente, negativa con relación a la franquicia: En ésta el afán de lucro no es común⁷⁹, ni existe comunión de elementos patrimoniales más allá de aquellos que el franquiciador cede al franquiciado a cambio de un precio.

Por esto mismo el reparto de beneficios no es propio en la franquicia, donde el franquiciado paga un canon al franquiciador, pero no una participación en sus beneficios ni en sus eventuales pérdidas⁸⁰.

En la franquicia no se crea una sociedad como resultado del contrato, sino una relación obligatoria entre dos empresarios jurídicamente independientes. Ahora bien, en la medida en que el

⁷⁹ En ningún caso puede pensarse en una sociedad, faltando requisitos básicos tales como el interés societario. *Vid.* Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", *op.cit.*, p. 687 y s. De esta forma, reconocemos en toda franquicia un "*animus cooperandi*", distinta de la "*affectio societatis*" o voluntad de asociación. *Vid.* Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, p. 67 y ss., así como Guardiola Sacarrera, E. *Contratos de colaboración en el comercio internacional, op.cit.*, p. 251.

⁸⁰ La asimilación del contrato de franquicia al de sociedad es contemplado como una desviación contractual ajena a su naturaleza, para el caso en que el franquiciador participa en la gestión de la sociedad franquiciada, *vid.* Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage, op.cit.*, 1990, p. 43.

franquiciador se implique en los actos de gestión del franquiciado, y cuando se den el resto de los elementos, se aplicaría como consecuencia el Derecho de sociedades⁸¹.

Esto es, cuando la influencia del sistema central comprende la totalidad del comportamiento de la empresa del franquiciado, concretamente la capacidad de inversión, la política financiera y de personal, puede hablarse de contrato societario⁸².

De hecho, en la práctica, una forma habitual de penetración de la franquicia internacional, es mediante el establecimiento de una filial, que actúa como franquiciador en el mercado extranjero, y mediante un *joint venture*. En este caso habría que distinguir el contrato de sociedad entre las dos empresas, franquiciadora en el país de origen y la que asume este papel en el de destino, y el de franquicia, entre esta última y los eventuales franquiciados.

También es posible que se de una participación de una de las partes, normalmente el franquiciador, en el negocio de la otra. Participación que se estima debe ser de un máximo de un 25% para que se pueda hablar de franquicia en sentido propio. De lo contrario perdería uno de sus caracteres básicos, que es la independencia del franquiciado y la consecuente responsabilidad exclusiva en la gestión de su negocio.

Si bien la aproximación entre franquicia y contrato de sociedad es inviable desde el punto de vista estricto, tal posibilidad se abre camino desde una perspectiva amplia que atienda

⁸¹ Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage, op.cit.*, 1990, p. 43 y s. Tal y como indica este autor, si bien la cooperación es esencial entre el franquiciador y el franquiciado, ésta no debe entrañar una subordinación característica a las relaciones societarias, de forma que se derive la aplicación del Derecho de sociedades. El franquiciado debe permanecer en todo caso como comerciante independiente.

⁸² Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op. cit.*, p. 77.

exclusivamente al elemento de colaboración, a la convergencia de intereses o fin común en la franquicia⁸³.

Por otra parte, el concepto amplio de sociedad permitiría prescindir de determinados elementos propios de la noción en sentido riguroso, no presentes o difícilmente identificables en el contrato de franquicia: así, el carácter estable del negocio, el desarrollo común de la actividad, la personificación social, la existencia de un patrimonio común, el ánimo de lucro o la *affectio societatis*.

Esta construcción, con origen en la doctrina alemana, es ciertamente interesante, y aunque admite cierto apoyo en determinado sector doctrinal español, carece de sostén en nuestra jurisprudencia⁸⁴.

Con todo, las relaciones entre franquiciador y franquiciados derivadas del contrato que les une, establece unos métodos de colaboración y de comunicación que les interrelacionan, y de los cuales se derivan unos efectos particulares que le dotan de su especial caracterización funcional, sin tener que recurrir por ello a una forma de organización diferente y nueva que desvirtuaría los

⁸³ Aproximación rechazada por Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 151 y ss. También se muestra contraria la doctrina tradicional, que denuncia la simple apariencia de uniformidad, así como la existencia de intereses contrapuestos que impiden la identificación entre integración y asociacionismo.

⁸⁴ En la doctrina alemana se utiliza la terminología de "relaciones o contratos similares a los sociales" (*Gesellschaftsähnliche Verhältnissen*) para indicar una serie de figuras del tráfico que, no pudiendo ser calificadas de sociedades, presentan en su estructura un grado de la solidaridad de intereses de las mismas, y una importancia de ésta en el conjunto de la figura muy acentuada. De esta suerte, la franquicia sería una especie de contrato mixto en el que el elemento societario está muy acentuado y por lo tanto, claramente identificable; *vid.* Gallego Sánchez, E. *La Franquicia, op.cit.*, p. 98, así como Girón Tena, J. *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, p. 53 y ss., y pp. 76 y ss.

mecanismos propios del sistema de franquicia. Por esta razón, la asimilación de la franquicia al contrato de sociedad es poco deseable técnicamente y desde el punto de vista de los intereses de las partes, ya que supondría la exclusión de aspectos básicos del régimen jurídico contral que la caracteriza⁸⁵.

En cualquier caso, la franquicia no es un contrato de sociedad, y resta dudosa su calificación como asociativo sobre la base de la finalidad común de los contratantes. Precisamente, subyacente en este razonamiento es su encuadre como sociedad irregular.

b. La franquicia como sociedad irregular.

La sociedad irregular es aquella que actúa en el tráfico como tal frente a terceros y sin voluntad de legalizar su situación mediante la prescriptiva inscripción, desarrollando una actividad mercantil⁸⁶.

La primera dificultad que surge para encuadrar a la franquicia dentro de este régimen es la actuación frente a terceros como sociedad. Es decir, debe procederse conforme a una unicidad de intereses, una dirección unitaria, así como con una apariencia común.

Tal apariencia externa común es ciertamente predicable en la franquicia, dada la fusión de la imagen del franquiciado con la del franquiciador, la coordinación del método operativo, y la

⁸⁵ Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, p. 529; Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 150.

⁸⁶ Valpuesta Gastaminza, E. *La sociedad irregular*, Madrid: Aranzadi, 1995, p. 91 y 232; Farias Batlle, M. "La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular", *La Ley*, tomo 1, 1993, p. 879.

uniformidad material del equipamiento⁸⁷. Además, esta necesidad de uniformidad en la sociedad irregular precisa que el socio actúe en nombre de la sociedad y no en nombre propio ocultando su condición de socio, manifestación externa de la pertenencia a la red igualmente predicable del franquiciado⁸⁸.

En cualquier caso, las coincidencias son parciales, externas, debidas al carácter organizativo de la franquicia. Ésta no es en modo alguno una forma anómala de asociación de empresas, debido a su falta de inscripción, como es el caso de la sociedad irregular. Por otra parte, la red de franquicia no actúa en el tráfico como una persona jurídica con patrimonio independiente de los socios, sino que cada uno de sus integrantes actúa con personalidad jurídica y patrimonio propio, por más que se ponga en común determinados elementos del mismo.

Debe destacarse, por último, las consecuencias negativas que tendría para las partes la aplicación del régimen jurídico propio a las sociedades irregulares, que es el correspondiente a las sociedades colectivas⁸⁹, en cuanto que exclusión de determinados elementos obligacionales básicos de su régimen jurídico.

Una vez descartada la posibilidad de calificar al contrato de franquicia como contrato de sociedad, aún irregular, es necesario

⁸⁷ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 153.

⁸⁸ A lo cual no se opone el hecho de que el franquiciado figure a determinados efectos, como los fiscales, con su propio nombre.

⁸⁹ Valpuesta Gastaminza, E. *La sociedad irregular*, *op.cit.*, p. 233 y s. En cualquier caso, estamos siempre considerando a las sociedades mercantiles irregulares en este comparativo en atención a su destino y función en el tráfico, cuya mercantilidad está fuera de toda duda en referencia a las partes en el contrato de franquicia. Su consideración como civil que supondría, entre otras consecuencias, la responsabilidad mancomunada de los socios por las deudas sociales no ha lugar, por lo tanto; *vid.* Farias Batlle, M. "La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular", *op.cit.*, pp. 880 y ss.

en nuestro esfuerzo calificador buscar otros cauces de valoración de las relaciones de interdependencia entre los miembros de la red de franquicia. A tal fin es necesario acudir a otras formas de integración empresarial.

c. Otras formas jurídicas de integración empresarial: La red comercial (cadena) en relación al contrato de franquicia.

La red comercial supone una confederación de varios mayoristas independientes con diversos minoristas con el fin de establecer una estrecha gestión institucional y una única identificación de la organización salvaguardando la independencia de los socios. En este caso falla la rigidez del sistema, la obligatoria concepción de marketing así como el derecho de control del franquiciador y de instrucción del franquiciado⁹⁰.

Este sistema puede evolucionar en el de franquicia, cuasifranquicia o sistema de filiales⁹¹. Este ha sido el caso en España de las cadenas de distribución alimentaria en establecimientos pluriseccionales (no especializados)⁹².

⁹⁰ El grado de integración empresarial existente en el negocio de franquicia, ha sido clasificado como comercio asociado, a mitad camino del independiente y del integrado. Éste supone la unión de varios intermediarios para conseguir una mejor posición en el canal de distribución, pero conservando su independencia. Vid. Díez de Castro, E. y Fernández Fernández, J.C. *Distribución comercial*, Madrid: McGraw-Hill, 1993, p. 80; Frignani, A. *Il franchising, op.cit.*, p. 6-8. Este último autor hace referencia a elementos comunes con los grupos de empresas, pero evitando adscribir a la franquicia dentro de su régimen, vid. Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, op.cit.*, p. 213-217..

⁹¹ Gross, H. y Skaupy, W.. *Franchising in der Praxis, op.cit.*, p. 277 y s.; Liesegang, H. *Der Franchise-Vertrag*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1992, p. 4.

⁹² Debe notarse, en cualquier caso, que en la práctica se ha detectado una serie de características particulares, algunas de especial atipicidad, que hacen

d. La franquicia y los grupos de empresas.

Entre los mercantilistas destaca el análisis realizado por J. Echebarría, decidido partidario del reconocimiento de un grupo de empresas *lato sensu* en las relaciones de franquicia⁹³.

Las uniones de empresas se han manifestado como una necesidad de la economía del mercado que impone cambios en la estructura de las mismas con la finalidad de obtener un perfeccionamiento técnico y de mejorar su funcionamiento⁹⁴. Y la franquicia, ciertamente, es un modo de cooperación interempresarial que responde a estas motivaciones⁹⁵.

Existe tal concentración, siempre que empresas que operan en un mercado o sector del mismo establecen entre ellas vinculaciones de diversa naturaleza con el fin de incrementar su poder en el mercado y optimizar sus recursos por efecto de la colaboración.

Siguiendo a F. Sánchez Calero, "las uniones de empresas se caracterizan por estar formadas por un conjunto de empresarios

discutible la misma categorización dentro del tipo, de las llamadas franquicias de distribución alimentaria, debiéndose hablar más bien en estos casos de "pseudofranquicia"; cf. Gómez Muñoz, A., De Haro Giménez, T. y Padilla Romero, L. "La franquicia como alternativa para las cadenas de distribución alimentaria", *Distribución y consumo*, núm. agosto-septiembre, 1995, p. 64-73, espec. p. 66-70.

⁹³ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 178 y ss..

⁹⁴ Madrid Parra, A. "Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas en participación", en *Derecho mercantil*, G. J. Jiménez Sánchez (coord.), vol. I, cap. 31, 6ª ed., Barcelona: Ariel, 2000, pp. 474-496; Sánchez Calero, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo 1, ed. 18ª, 1995, p. 639.

⁹⁵ Diener, M. *Contrats internationaux de propriété industrielle*, París: Litec, 1987, p. 292.

que, manteniendo su independencia jurídica, están sometidos a una dirección unitaria para obtener fines económicos"⁹⁶.

En la franquicia, como en las uniones de empresas, ya hemos indicado la existencia de una función integradora que se suma a la meramente sinalagmática, ya que se agrupan unidades económicas y jurídicas diferenciadas en la realización de un fin común, con diversos grados de organización y contribución de las partes⁹⁷.

En ella, el franquiciador actuaría como sociedad dominante, y la franquiciada como sociedad dominada, al menos en cuanto hace a la llamada franquicia vertical o de subordinación⁹⁸. El mecanismo jurídico de la unión sería el propio contrato, en el cual se estipularía la cesión parcial de ganancias al franquiciador.

Evidentemente, sólo cabe hablar en este caso de concentraciones de empresas en sentido amplio, en contra de aquél concepto según el cuál desaparece la individualidad de las empresas incorporadas y se crea una unidad empresarial de mayor dimensión, usualmente mediante fusión o adquisición de acciones. En este mismo sentido evitaremos hablar de sociedad matriz y de

⁹⁶ Sánchez Calero, F. *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 640. en el mismo sentido, Duque define a los grupos de empresas como "la situación de varios empresarios (generalmente sociedades) jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general (basada sobre la participación, el contrato, o las relaciones personales) constituyen una unidad económica", citado en Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 187.

⁹⁷ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 181.

⁹⁸ Desde el punto de vista del Derecho de la competencia ha sido considerada la franquicia como cártel con el fin de garantizar un nivel de competencia practicable. Sobre el particular existen multitud de obras. *V.g. vid.*, Korah, V. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88, op.cit.*; Ruiz Peris, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia, op.cit.*; Schultz-Schaefer, D. "Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung", *op.cit.*, p. 515-521; Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, p. 123-192.

sociedad filial, términos referidos usualmente al mayor grado de unión económica y jurídica de las sociedades implicadas.

De este modo debe distinguirse propiamente este fenómeno del grupo de sociedades, conjunto formado por dos o más que están sometidas a una misma "dirección unitaria", "dirección efectiva", "unidad de decisión", "control", o "influencia dominante". Este poder se instrumenta mediante diversos mecanismos jurídicos de dependencia, financieros o de propiedad (de acciones y participaciones) y contractuales⁹⁹, circunstancia que no es ajena al negocio de la franquicia, como demuestra el alto grado de judicialidad afectante a los franquiciadores por decisiones laborales afectantes a los empleados de sus franquiciados, y que se deriva del control que aquellos ejercen¹⁰⁰. Los grupos de sociedades

⁹⁹ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 611 y ss. Un grupo de sociedades es un conjunto formado por dos o más sociedades que en su amplia fenomenología tienen en común la circunstancia de que las sociedades que los integran, aún siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación, de modo que cada una de ellas no son más que "momentos de organización jurídica de un único tejido económico", *vid.* Camps Ruiz, L.M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, p. 11.

¹⁰⁰ Así, el Fto. Dcho. 3º de la STSJ Cataluña núm. 5152/1994, de 30 septiembre -AS 1994/3532- afirma que "en este caso ambas empresas con independencia de su separación formal en sociedades distintas han actuado bajo una organización y dirección común, por lo que la prestación de servicios del actor se realizaba para ambas simultáneamente, apareciendo también notas propias de un elevado ángulo de comunicación de patrimonios, pues la actividad de limpieza que realiza la franquiciada la cobraba la franquiciadora, observándose la actuación unitaria de las empresas agrupadas bajo uno mismos dictados y coordinadas con confusión patrimonial (STS 30 enero 1990 -RJ 1990/233-)". A mayor abundamiento, *vid.* STSJ Cataluña núm. 1105/1993, de 26 de febrero -AS 1993/873-; STSJ Cantabria núm. 911/1995, de 21 de noviembre -AS 1995/4289-; STSJ País Vasco, de 22 octubre 1996 -AS 1996/3717-; STSJ Andalucía, núm. 790/1997, de 27 febrero -AS 1997/2610-; STSJ Navarra núm. 375/1997, de 31 de julio -AS 1997/2541-; STSJ Madrid núm. 601/1998, de 7 de mayo -AS 1998/1761-; STSJ Baleares núm. 120/1999, de 26 marzo -AS 1999/1452-; STSJ Cataluña núm. 1346/1999, de 19 febrero -AS 1999/1128-;

poseen una problemática y un régimen claramente diferenciado del de las uniones de empresas *lato sensu*¹⁰¹.

Para que pueda admitirse la relación entre el contrato de franquicia y el grupo de empresas ha de admitirse la existencia de unidad de fin y económica en el seno de la red. Respecto de la unidad de fin, ya afirmamos *supra* la existencia de tal interés común del franquiciador y del franquiciado, que se superpone y entremezcla con el particular de ambos contratantes.

El problema se plantea respecto de la unidad económica en el seno de la red; y no en relación al ámbito económico sino cuando a tal realidad, no discutida desde posiciones economicistas¹⁰², se le pretende determinar consecuencias jurídicas, más allá del ámbito de los contratos.

STSJ Cataluña núm. 5639/1999, de 22 julio -AS 1999/3446-; STSJ núm. 6087/1999, de 10 septiembre -AS 1999/3819-; STSJ Andalucía, núm. 2376/1999, de 29 octubre -AS 1999/3522-; STSJ Baleares núm. 480/2000, de 31 julio -AS 2000/4133-; STSJ Cataluña núm. 9276/2000, de 10 noviembre -AS 2001/211-; STSJ Galicia, de 26 marzo 2001 -AS 2001/453-; STSJ Aragón núm. 309/2001, de 26 marzo -AS 2001/1960-; STSJ Galicia, de 27 abril 2001 -AS 2001/856-; STSJ Murcia núm. 601/2001, de 7 de mayo -AS 2001/2882-; STSJ Murcia núm. 1068/2002, de 30 septiembre -AS 2002/3005-. Sobre el particular existe una excelente monografía de reciente aparición fruto del trabajo de un grupo de investigación *iuslaboralista* incardinado en la Universidad de Castilla La Mancha, que trabaja sobre aspectos de las relaciones laborales que incorporan fenómenos económicos empresariales organizados; *vid.* Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

¹⁰¹ La diferencia de las uniones con los grupos de empresas parte de los mecanismos de constitución de éstos -participación accionarial o control del consejo de administración-, y a los intereses en juego -protección del accionista minoritario o de la sociedad dominada-. *Vid.* Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 181 y ss, espec. np. 195.

¹⁰² Díez de Castro, E. y Fernández Fernández, J.C. *Distribución comercial*, *op.cit.*, p. 80. En efecto, aunque los autores consideran a la franquicia como una forma de cooperación interempresarial, no existe acuerdo más allá ni tan siquiera en cuanto al alcance, sentido e implicaciones de tal cooperación.

Por su parte, J. Echebarría va más lejos sobre la base de la constatación de una relación de dominación en la franquicia, instrumento de articulación necesario para la realización de objetivos comunes, pero no objetivo directo del negocio.

La forma de dominación es atípica, de manera que si bien el sistema de franquicia comporta la existencia de un grupo de empresas, ésta no puede predicarse como característica propia de la naturaleza contractual sino como un posible efecto adjunto, y en cualquier caso limitado a las llamadas franquicias de subordinación¹⁰³. Con otras palabras, la expropiación de la autonomía gerencial es un resultado o consecuencia no siempre querido por las partes y que, sin embargo, se produce como resultado no sólo del clausulado sino de la posición económica relativa de ambas partes en el contexto de intercambio¹⁰⁴.

Sobre la base de la existencia de una unión atípica de empresas deriva el mismo autor unas obligaciones jurídicas, de forma semejante a lo que ocurre con otras formas atípicas de sociedad, como es el caso de la sociedad irregular¹⁰⁵. Así, el nivel de concentración empresarial en el acuerdo de franquicia justifica la existencia de un poder disciplinario y coercitivo en las funciones atribuidas contractualmente, aunque ajeno al poder de instrucción

¹⁰³ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 196.

¹⁰⁴ Fernández de Araoz Gómez Acebo, A. "Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la Competencia", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, cap. 160, Madrid: Mc.Graw Hill, 2002, p. 5379.

¹⁰⁵ Según veíamos *supra* en la posición de E. Valpuesta Gastaminza, cf. *La sociedad irregular*, *op.cit.*, p. 233 y s.

de los grupos de sociedades¹⁰⁶. Posición considerada excesiva por otros autores y que presenta notables dificultades¹⁰⁷.

e. Conclusiones preliminares acerca del carácter asociativo del contrato de franquicia.

Centrando el debate en las cuestiones que nos interesan, debe determinarse el alcance de la vertiente asociativa de la franquicia, en cuanto a la determinación del régimen jurídico que le es aplicable.

De forma ya indicada, mediante la conclusión del contrato, el franquiciado no sólo se obliga frente al franquiciador en una relación bilateral y aislada, sino que al mismo tiempo adquiere unos compromisos frente a todo el sistema.

Ni siquiera los autores que atribuyen a este segundo compromiso un alcance mayor califican a la red como grupo o unión de empresas en sentido técnico jurídico. Esto es, se constata la existencia de una asociación atípica de empresas, constituida en virtud de la relación bilateral que cada uno de los franquiciados

¹⁰⁶ Tal poder de dirección comporta el correlativo deber de gestión correcta conforme a criterios funcionales, pudiendo justificarse deberes de protección no recogidos expresamente en el contrato, tales como el trato igualitario a los miembros de la red. *Vid.* Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 202.

¹⁰⁷ Las relaciones entre las partes en la franquicia poseen unos métodos de colaboración y de comunicación que les interrelacionan, y de los cuales se derivan unos efectos particulares que les dotan de su especial caracterización funcional, sin tener por ello que recurrir a una forma de organización diferente y nueva, lo cual no serviría más que para desvirtuar los mecanismos necesarios para la obtención del fin último propuesto y, en última instancia, a la propia figura de la franquicia. Así, Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa*, *op.cit.*, pp. 528 y s. Asimismo, Fernández de Araoz Gómez Acebo, A. "Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la Competencia", *op.cit.*, pp. 5379 y s.

adquiere con el franquiciador. El vértice es la relación conmutativa o sinalagmática entre las partes.

Por lo tanto, las obligaciones entre los "asociados", divergentes según la posición que se ocupe, o bien como franquiciador o bien los franquiciados, son adyacentes al vínculo comercial entre ellos y no pueden predicarse como característica propia de la naturaleza contractual sino como un posible efecto adjunto, y en cualquier caso limitado a las llamadas franquicias de subordinación.

Como consecuencia, con relación a la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato de franquicia, aún si se estima como válida la opinión que atribuye a la existencia de la unión de empresas de la red un mayor alcance, no puede derivarse una aplicación analógica de la ley rectora de las sociedades para regir las relaciones entre franquiciador y franquiciado ni aún parcialmente en cuanto se refiere a la terminación del vínculo contractual entre las partes.

B.2. EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMO CONTRATO DE GESTIÓN.

Ha sido especialmente en la doctrina alemana donde se ha considerado la concurrencia en la franquicia de elementos propios del contrato de gestión de negocios ajenos, atribuyéndole según los autores mayor o menor relevancia (*Geschäftsbersorgungsvertrag*)¹⁰⁸.

Éstos, también llamados como "contratos de colaboración", son los de comisión, agencia, corretaje y gestión empresarial. Su característica principal común es que el empresario comisionista,

¹⁰⁸ Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, op.cit., p. 18-19; Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", op.cit., p. 687; Gross, H. y Skaupy, W.. *Franchising in der Praxis*, op.cit., p. 281-284; Tietz, B. *Handbuch Franchising*, op.cit., p. 501.

agente o corredor, no defiende un interés propio sino el de la otra parte contratante¹⁰⁹, la cual a su vez, retribuirá a aquella normalmente en virtud del resultado de la gestión del objeto del contrato. Son notas específicas de esta clase de contrato de gestión el que la retribución por el resultado tiene un carácter absoluto, es decir, requiere la efectiva ejecución del negocio encargado, y su vocación de funcionar de una manera continuada y estable a lo largo del tiempo¹¹⁰.

Centraremos este análisis en el contrato de agencia y el de gestión empresarial, con los que la franquicia presenta una mayor identidad.

a. Contrato de agencia.

A.1. RAZONES PARA UNA IDENTIDAD.

Está regulado en España por la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia de 27 de mayo¹¹¹ (LCA), que incorpora y completa las normas de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986¹¹². Según el art. 1 de la Ley,

"Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica denominada agente se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos, por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

Se asemejan en que el intermediario (agente) como el franquiciado son comerciantes independientes¹¹³, lo que supone que pueden organizar su actividad profesional. En ambos casos,

¹⁰⁹ Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, op.cit., p. 811.

¹¹⁰ Fto. Dcho. 2º de la SAP Sevilla, de 26 de marzo de 1998 -AC 1998/597-.

¹¹¹ BOE de 29 de mayo de 1992.

¹¹² DOCE núm. L 382/1986, de 31 de diciembre de 1986.

¹¹³ Art. 2 LCA.

igualmente, se trata de contratos de duración¹¹⁴, por tiempo determinado o indefinido, onerosos y consensuales.

Un paso más en la asimilación de ambas figuras es aquella teoría que reconoce una función económica distributiva común a ambas instituciones¹¹⁵, según la cual tanto el agente como el franquiciado operan como difusores de los productos, *lato sensu*, del mandante y del franquiciador, respectivamente. Esta posición entiende la distribución comercial en un sentido amplio¹¹⁶, donde tienen cabida todas aquellas relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor para la difusión de sus bienes. En este contexto, la parcial atipicidad de casi todos los contratos englobados, entre los que se incluye el de franquicia, justificaría plantearse la aptitud de la regulación legal de la agencia como posible Derecho general de la distribución comercial.

La mencionada función económica distributiva en cuanto hace a la franquicia, comporta que la comercialización operada por el franquiciado no la haga en su propio interés, sino en el interés del sistema que el franquiciador representa; el franquiciado se aprovecha a través del beneficio de aquél¹¹⁷. En este caso el tipo

¹¹⁴ Art. 1 LCA.

¹¹⁵ Exp. Mot. II.2 LCA. En este sentido se expresa Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 142.

¹¹⁶ Sobre la noción amplia de la categoría de los contratos de distribución, *vid.* Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª ed. ampliada, Madrid: Civitas, 1998, p. 28.

¹¹⁷ Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", *op.cit.*, p. 683. En contra Kenfack, que estima que este actuar del agente en nombre del mandante es el factor primeramente delimitador respecto de la franquicia, puesto que el franquiciado actúa en nombre y por cuenta propia, *Vid.* Kenfack, H. *La franchise internationale*, *op.cit.*, p. 14 y ss.

de representación operado no es jurídico sino económico¹¹⁸. Como consecuencia, se produce una coincidencia igualmente en la función representativa y auxiliar del agente¹¹⁹, desarrollada aquí por el franquiciado con las particularidades que le son propias, así como en la dirección comercial del ordenante¹²⁰.

La trascendencia de someter el contrato de franquicia analógicamente al régimen jurídico del contrato de agencia se deriva del tratamiento legal tuitivo del agente¹²¹, que podría justificar la extensión de las indemnizaciones que para éste se establecen en la L.C.A., entre otros efectos beneficiosos.

A.2. RASGOS DELIMITADORES DE AMBAS FIGURAS.

A pesar de las identidades expresadas, se encuentran abundantes disparidades que enumeramos:

1. Una primera distinción respecto del agente distingue que el franquiciado negocia en su propio nombre y por cuenta propia¹²². La actividad del franquiciado no pretende obtener unos beneficios compartidos. Trabaja con su propio capital y corre enteramente con los riesgos de la empresa¹²³.

No obstante, aún cabría defender la predicada subsunción en el régimen del contrato de agencia, sobre la base de la matización recogida en el art. 1 LCA según la que el agente promueve operaciones sin asumir, *salvo pacto en contrario*, el riesgo y ventura de las mismas. En este caso, si el agente asume el riesgo

¹¹⁸ Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, op.cit.*, 1998, p. 31.

¹¹⁹ Arts. 5-6 LCA.

¹²⁰ Art. 9.2c. LCA.

¹²¹ Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, op.cit.*, p. 32-33.

¹²² *Idem.*, p. 22.

¹²³ Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch, op.cit.*, p. 41.

de la operación, y puede hacerlo habitualmente, como es el caso del franquiciado, actúa por cuenta propia desde el momento en que posee un interés directo en el resultado de la actividad comercial. El agente bajo dichas condiciones participa con un interés propio en la comercialización, puesto que compromete en cada operación garantizada su propio patrimonio y asume el riesgo comercial como un comerciante que actúa por cuenta propia.

Ahora bien, éste permanece subordinado en su actividad a la realización de los intereses del mandante, puesto que la suya es una obligación de garantía, sin que obtenga realización directa de su interés por la comercialización, sino responsabilidad por la deficiente gestión de la labor promocional¹²⁴. Con todo, esta diferencia no serviría por sí sola para sustentar una negación definitiva de la subsunción de la franquicia en el régimen de la agencia, como genérico para este tipo de contratos, si se acepta el concepto amplio de distribución comercial explicitado en el apartado anterior, y en el que se reconoce una función económica distributiva común a ambas figuras.

2. Aún en el caso de que se admita el concepto amplio de distribución comercial y el valor mediático o de intermediación tanto del agente como del franquiciado aunque en distinto grado, la finalidad de ambos negocios jurídicos es muy distinta: en la agencia el promover o concluir operaciones de comercio por cuenta ajena, en la franquicia desarrollar una idea o concepto comercial destinada al usuario final. Por este motivo es diferente la fuente de ingresos de ambos intermediarios: en el caso del agente la retribución del representado o mandante, y en el del franquiciado, los beneficios que él obtenga en el desempeño de su gestión.

¹²⁴ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, op.cit., p. 143 y s.

Por contra, cabe contraargüir que el mecanismo de remuneración sea diferente no es trascendente en orden a la subsunción del tipo, sino como reflejo de los distintos intereses económicos representados¹²⁵.

Otro elemento a valorar en este orden de argumentaciones es que, consecuencia también del distinto carácter de la actividad del agente y del franquiciado, este último paga una cantidad inicial o/y periódica por el disfrute pacífico del objeto del contrato. Este canon carecería de sentido en el contrato de agencia, pues el agente realiza una mera función de intermediación, sin derecho alguno sobre el negocio concluido.

3. Hay que resaltar la diferente función representativa en ambos contratos. El franquiciado es un representante personal del franquiciador, fortalecido por el hecho de la integración en la red de franquicia compuesta por establecimientos que comercializan bajo imagen uniforme. El agente no participa de esta labor promocional respecto de su ordenante¹²⁶.

Asimismo, el agente no soporta personalmente el riesgo, puesto que sólo aporta un capital insignificante tratando sólo como negociador de su mandante, con lo que tampoco es exactamente independiente. Tampoco puede llevar a cabo por sí solo el derecho comprendido en el negocio, puesto que lo desarrolla para su contratante¹²⁷.

Podemos concluir afirmando que la función económica de la franquicia supera ampliamente la propia del contrato de agencia. El agente, a diferencia del franquiciado, no comercializa ningún tipo de producto ni de servicios. No revende por su cuenta mercancías

¹²⁵ *Idem.*, p. 145.

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ Gross, H. y Skaupy, W. *Franchising in der Praxis, op.cit.*, p. 275.

ni presta servicios a usuarios finales; busca clientes para su representado siguiendo fielmente sus instrucciones, pero él, por sí mismo, no es ni comprador ni vendedor de productos y/o servicios.

El agente comercial, al ser su actividad complementaria de la del empresario para el que actúa, carece de libertad económica para decidir y, por tanto, no hay un concurso de voluntades¹²⁸.

b. El contrato de gestión empresarial: en especial, el de gestión hotelera.

B.1. PLANTEAMIENTO. RAZONES PARA UNA IDENTIDAD.

De todos los contratos llamados de gestión, éste es el que más semejanzas guarda con el de franquicia, en especial, en relación con la de servicios, frecuente en el ámbito hotelero.

En virtud de este contrato de gestión, la "cadena hotelera" administra en nombre y por cuenta de cada una de las empresas propietarias de hoteles la suma organizada de todos estos, de acuerdo con los poderes generales que aquéllas les otorgan y siguiendo unos manuales de gestión generalmente creados por la propia cadena.

Se hace necesaria la conclusión de este tipo de contrato en aquellos supuestos en los que el *know-how* empresarial se hace de difícil transmisión mediante otras formas de contrato, como la franquicia o el de licencia de *know-how*¹²⁹.

La imagen frente a terceros es la propia de la cadena, cuyos signos distintivos figuran tanto exteriormente como en los documentos de gestión de los distintos hoteles. A pesar de esta aparente unidad, en realidad no actúa más que como mero

¹²⁸ Decisión TDC de 17 de mayo de 1993, Asunto 43/1993 "*Renta 4*" (AC 1993/1992). Aplica la doctrina de la Resolución de 25 de junio de 1990.

¹²⁹ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 829.

representante. Por su parte, queda en manos del propietario del hotel una capacidad suficiente para impartir instrucciones sobre inversiones y otros actos de gestión extraordinaria.

La analogía principal es precisamente la imagen unitaria en ambos casos destinada a garantizar al consumidor la eficacia y calidad del producto o servicio. En ambos casos existe del mismo modo una central, núcleo de la red de distribución (entendida ésta en sentido *lato*). Una tercera semejanza es en la existencia de un "manual" conforme con el cual debe actuarse en cada uno de los elementos de las red.

B.2. RASGOS DELIMITADORES DE AMBAS FIGURAS.

No obstante la aparente afinidad frente a la franquicia, en realidad existen muy claras diferencias. Éstas parten de la esencia del contrato de "*management*" hotelero, donde no existe un método empresarial que se cede a cambio de una contaprestación, sino un mero arrendamiento de servicios de gestión. Este diferente punto de partida en cuanto al objeto de los respectivos negocios jurídicos comporta diversas consecuencias:

1. En primer lugar, el papel asumido por la central difiere en el caso de la cadena hotelera y del franquiciador. Mientras que el primero gestiona el negocio de su cocontratante, el segundo asiste en la gestión del franquiciado, que contrata y gestiona sus intereses por sí mismo.
2. En segundo lugar, es ajeno al hotel gestionado la obligación del franquiciado de pagar un canon inicial y/o periódico por el derecho de entrada y utilización del sistema.
3. En tercer lugar, no existe en el contrato de gestión una actividad de comercialización, en el sentido de intermediación entre un empresario (franquiciador),

titular de un concepto de empresa, y los consumidores que se sirven de los productos o servicios relativos al objeto del negocio.

A los anteriores criterios de delimitación podemos añadir los realizados respecto del contrato de agencia, en cuanto que contrato de gestión de negocios ajenos.

B.3. EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

a. Planteamiento.

La calificación de las relaciones entre los contratantes en la franquicia como laborales ha sido considerada por cierta jurisprudencia alemana¹³⁰, por lo demás no mayoritaria, francesa¹³¹ e italiana¹³². La doctrina española, por su parte, no ha seguido dicha opción, si no que el objeto de interés pretendido desde el Derecho laboral ha sido la atribución de responsabilidades laborales respecto de aquellas empresas insitas en la red franquiciada¹³³.

¹³⁰ Sent. "Jacques Wein-Depot", Landesarbeitsgerichts Düsseldorf, de 27 de octubre de 1987; Sent. "Gemeinschaft der Kurierfahrer", Landesarbeitsgerichts Hamburgo, de 28.4.1989. Citadas y comentadas en Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch*, op.cit., p. 137-139; también en Liesegang, H. "Die Konzeption des Franchise-Vertrages unter Einschluß der Nebenverträge", en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores), p. 130 y ss..

¹³¹ Sent. de la *Cour D'Appel* de París de 28 de abril de 1978 "A. Morvan, M. Lemée y S. Hervé-Morvan c. Sté. Intercontinentes", comentada en Leloup, J.-M. "La définition du contrat de franchise", op.cit., p. 5-15.

¹³² Sent. del Tribunal municipal de Palestrina de 14 de febrero de 1987 "Bratti c. Ges. Com srl. y Cipac spa", y sendas sentencias del Tribunal municipal de Florencia de 25 de julio y 11 de noviembre de 1984 "Ottenio c. Institute Socio psicologico L'Ideale", citadas en Frignani, A. "Franchising Under Italian Law - A Survey on Recent Case Law", op.cit., p. 236.

¹³³ Vid. la monografía, *supra cit.*, Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, op.cit.

El fundamento de la asimilación del franquiciado al asalariado es la estrecha implicación de aquél en la organización del franquiciador, de forma que se hace dependiente de su infraestructura, esquemas laborales y financieros, así como de su dirección.

La trascendencia de someter al contrato de franquicia al régimen jurídico del contrato de trabajo se deriva del tratamiento tuitivo que las leyes laborales dan al asalariado, y que de esta manera se proyectarían sobre el franquiciado como normativa de necesaria aplicación a sus relaciones negociales.

b. Rasgos delimitadores de ambas figuras.

La dependencia del franquiciado del esquema o modelo de empresa objeto de la franquicia es evidente. Éste debe someterse a un rígido esquema comercial que permita a los consumidores identificar un determinado producto o servicio como idéntico al prestado en otro lugar bajo la misma marca.

Ahora bien, el necesario encaje del negocio del franquiciado en la red del franquiciador supone cierta adaptación, lo que no supone la pérdida de la independencia, puesto que entre otras cosas sigue soportando el riesgo de su empresa.

En este sentido, tampoco puede entenderse el derecho de control e instrucción del franquiciador sobre el negocio del franquiciado como un componente del contrato de trabajo, sino como una verificación de la observancia y aseguramiento del sistema franquiciado¹³⁴. La franquicia supone una cooperación de empresas, en la que no está presente una subordinación total¹³⁵.

¹³⁴ Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, op.cit., p. 22.

¹³⁵ Tal asimilación ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia alemana con relación a diversos contratos de distribución entre los que se ha

Ahora bien, una perspectiva es la adoptada en el orden mercantil, y otra la que puede derivarse de otros órdenes. En concreto, en el ámbito laboral se ha defendido la consideración del franquiciador como empleador cuando éste asume el encargo, supervisión y recepción del resultado del trabajo en la empresa franquiciada¹³⁶

encuadrado a la franquicia Sent. del Bundesgerichtshof de 23 de febrero de 1988, comentada en Liesegang, H. "Die Konzeption des Franchise-Vertrages unter Einschluß der Nebenverträge", *op.cit.*, p. 140 y s.. Una cosa es una relación laboral, y otra un grupo con semejanzas con tales relaciones (*Arbeitnehmerähnliche Personen*). La diferencia radica en el grado de dependencia: mientras que el trabajador se incardina como integrante dentro de la organización (del empleador), en el grupo de distribución existe una dependencia económica, *vid.* Sentencia. BGH de 4 nov. 1998 - VIII ZB 12/98, *Betriebs-Berater*, núm. 1, 1999, pp. 11-14.

¹³⁶ Posición defendida por la Sentencia de instancia, desestimada en el fallo del recurso planteado ante el TSJ Cataluña, y por el voto particular del Magistrado Ilmo. Don José A. Folguera Crespo, para el que "*si el titular de la marca o red comercial lleva su control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados, y la recaudación del resultado de la venta de los productos, llega a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal mercantil franquiciado, por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados*". *Vid.* STSJ Cataluña núm. 1105/1993, de 26 febrero -AS 1993/873-. Las sentencias que en el ámbito social se han pronunciado sobre las repercusiones de tal confusión son numerosas en sede de Tribunales Superiores de Justicia; así, STSJ Cataluña núm. 5152/1994, de 30 de septiembre -AS 1994/3532-; STSJ Cantabria núm. 911/1995, de 21 de noviembre -AS 1995/4289-; STSJ País Vasco, de 22 octubre 1996 -AS 1996/3717-; STSJ Andalucía, núm. 790/1997, de 27 febrero -AS 1997/2610-; STSJ Navarra núm. 375/1997, de 31 de julio -AS 1997/2541-; STSJ Madrid núm. 601/1998, de 7 de mayo -AS 1998/1761-; STSJ Baleares núm. 120/1999, de 26 marzo -AS 1999/1452-; STSJ Cataluña núm. 1346/1999, de 19 febrero -AS 1999/1128-; STSJ Cataluña núm. 5639/1999, de 22 julio -AS 1999/3446-; STSJ núm. 6087/1999, de 10 septiembre -AS 1999/3819-; STSJ Andalucía, núm. 2376/1999, de 29 octubre -AS 1999/3522-; STSJ Baleares núm. 480/2000, de 31 julio -AS 2000/4133-; STSJ Cataluña núm. 9276/2000, de 10 noviembre -AS 2001/211-; STSJ Galicia, de 26 marzo 2001 -AS 2001/453-; STSJ Aragón núm. 309/2001, de 26 marzo -AS 2001/1960-; STSJ Galicia, de 27 abril 2001 -AS 2001/856-; STSJ Murcia

B.4. EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LOS CONTRATOS DE TRANSMISIÓN DE BIENES INMATERIALES.

a. Planteamiento.

El contrato de licencia puede tener por objeto distintos bienes inmateriales. En una medida que varía según la modalidad de franquicia, este negocio comporta el uso por el franquiciado de determinados bienes inmateriales cuya titularidad pertenece al franquiciador. La importancia de su transmisión ha comportado que hayan sido considerados ambos contratos como pertenecientes al mismo género, si bien desde distintas aproximaciones: en primer lugar, la franquicia ha sido catalogada como contrato de licencia de signos distintivos (principalmente de marca)¹³⁷; en segundo lugar, de *know-how*¹³⁸; por último, sobre el bien inmaterial "empresa". Postura esta última, que encuentra un amplio eco en la doctrina¹³⁹ y en la jurisprudencia de corte germánico¹⁴⁰, así como en el

núm. 601/2001, de 7 de mayo -AS 2001/2882-; STSJ Murcia núm. 1068/2002, de 30 septiembre -AS 2002/3005-.

¹³⁷ Adopta esta primera postura el Tribunal Supremo la primera vez que lo menciona, en sentencia de 15 de mayo de 1985, "*King-Seeley Thermo Co.*". En esta ocasión lo denominó *franchising*, equiparándolo al contrato de licencia de marca. De esta forma, es concebido como una autorización que el concedente da al concesionario para utilizar su marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización. *Vid.* STS. de 15 de mayo de 1985, "*King-Seeley Thermo Co., Frimont, S.P.A. y M. Frau, S.A. c. Friusa*", *RJA* 1985, 2393.

¹³⁸ SAP Valencia de 21 de mayo de 1993, -AC 1993/1024-.

¹³⁹ Esta tesis ha sido defendida en España por algunos autores, así Ruiz Peris, I. "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *op.cit.*, p. 11255-11257 y Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *op.cit.*, pp. 101 y s. En Alemania ha asumido esta posición H. Forquell, *vid.* "Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen", *op.cit.*, p. 511-538; también en Suiza, (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en droit suisse*, *op.cit.*, *passim.*, y especialmente en p. 33 y s., 36, 56 y 59.

¹⁴⁰ Entre otras, Bundesgerichtshof, 23 marzo 1982, "*Meierei-Zentrale*", *GRUR*, núm. 9, 1982, p. 576-581; Oberlandesgerichts Frankfurt, 2.dic. 1982, "*Pronuptia*

“primer” Derecho comunitario de la competencia, que tiene como fundamento la sentencia del TJCE en el caso *Pronuptia*¹⁴¹.

b. Rasgos delimitadores de ambas figuras.

Ante la cuestión de dilucidar si la franquicia debe ser considerada como una cesión temporal de derechos sobre bienes inmateriales, procede realizar un estudio sistemático de ambas instituciones. Desde el punto de vista del clausulado del contrato, no encontramos óbice para la asimilación de ambas figuras:

de Paris", *GRUR*, núm. 8, 1983, p. 461-463; OLG Karlsruhe, 12. febr. 1992, "*MacChinese*", *GRUR*, núm. 7, 1992, p. 460-463; Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg, 5 junio 1986, "*Pronuptia de Paris*", *GRUR_Int.*, núm. 11, 1987, p. 785-788. El mismo resultado encontramos en la jurisprudencia austriaca, *vid.* Sentencia del Obersten Gerichtshofs, de 5 mayo de 1987, "*Stefanel*", *GRUR Int.*, núm. 1, 1988, p. 72-74.

¹⁴¹ Fundamento de Derecho 15º, Sent. TJCE. núm. 161/84 de 28 de enero de 1986 "*Pronuptia de París GmbH c. Pronuptia de París Irmgard Schillgalis*". En el ámbito comunitario el contrato de franquicia se reguló por primera vez en el Reg. (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de exención de determinadas categorías de acuerdos de franquicia, actualmente derogado por el vigente Reg. (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Así, frente a lo establecido en el Reg. 4087/88, donde la franquicia se define esencialmente como una licencia de los derechos de propiedad industrial e intelectual (Literalmente dice el Considerando 2º del Reg. 4087/88 que "*Los acuerdos de franquicia son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual...*"), en la disposición vigente específicamente se hace constar que las cláusulas donde se consigna la oportuna licencia o licencias, no han de constituir el objeto principal de dichos acuerdos, sino que son instrumentales al fin del uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes (Art. 2.3 Reg. 2790/1999). Sin embargo, en el contexto de ambas normas encontramos elementos que abogan, más que por un cambio de política legislativa, por una nueva sistemática en el planteamiento *antitrust* de la franquicia. Expresado en otros términos, existen razones que permiten identificar un tipo único de acuerdo de franquicia que ocupa bajo la anterior normativa y bajo la actual al legislador comunitario, y cuyo eje no se articula sobre la noción de licencia, según exponemos en el apartado titulado "*La franquicia como sistema de distribución integrad*".

1. Así, no son extrañas al franquiciador obligaciones propias del licenciante¹⁴²: la concesión del derecho de utilización de un determinado bien inmaterial; la entrega de objetos y documentos técnicos; la asistencia técnica y formación del personal o la responsabilidad por la existencia del *know-how*.
2. E igualmente cabe indicar respecto de las obligaciones del licenciario¹⁴³ respecto del franquiciado: la obligación de pago; la de mantenimiento del secreto; la de explotar el bien inmaterial; la de soportar controles y observar normas de calidad¹⁴⁴; la de empleo de determinados signos distintivos, etc.

Se diferencia, no obstante, el contrato de licencia del de franquicia en que éste comporta la integración del franquiciado en la organización o red del franquiciador¹⁴⁵, y en la obligación de comercialización del franquiciado. Así, debe vender el bien producido o suministrado por el franquiciador, o prestar el servicio objeto de la franquicia con las características por él establecidas. De esta forma se establece una relación entre las partes en la franquicia desconocida en la licencia.

Desechadas por reduccionistas las propuestas de subsunción del contrato de franquicia como licencia de marca y de *know-how*, resta discernir acerca de la concepción que lo considera como

¹⁴² Massaguer, J. *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona: Bosch, 1989, p. 165-195.

¹⁴³ (De) Miguel Asensio, P. *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, *op.cit.*, p. 73 y ss.

¹⁴⁴ Esta aparente identidad debe admitirse con reservas, ejercitando el franquiciante una labor de control más exhaustiva que el licenciante. En este sentido se ha indicado, si bien referido a la licencia de marca, que el segundo ejerce un control pasivo mientras que el primero ejerce un control activo sobre la explotación empresarial del franquiciado, *vid.* Fernández Novoa, C., "Dos cuestiones candentes del Derecho de marcas", *La Ley*, 1985, vol. 4, p. 301.

contrato de licencia sobre el concepto empresarial del franquiciador¹⁴⁶. El objeto del contrato es la empresa, un objeto inmaterial y complejo, sin encuadramiento legal unitario, que sin embargo debe ser considerado como una unidad "obligacional" en las relaciones jurídicas (como objeto de un contrato de licencia). Sobre este único, aunque complejo, bien inmaterial, el ordenamiento no confiere una protección directa, como es el caso de la propiedad industrial o intelectual, pero sí una indirecta, reprimiendo los actos de competencia desleal y dotando al conjunto de tratamiento unitario a efectos de su transmisión (v.gr. art. 39 y 253 LSA), y constitución de derechos reales (v.gr. ley de 16 de diciembre de 1954), además de una protección oblicua y distributiva por la tutela directa que hace de los distintos bienes inmateriales que integran el conjunto¹⁴⁷.

Lo que no es posible es una licencia con un único objeto sobre toda la empresa, dado el principio de especialidad; a estos efectos se cumple el objeto de la licencia cuando se transmite el manual de la franquicia, donde consta los elementos esenciales del sistema¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Liesegang, H. *Der Franchise-Vertrag, op.cit.*, p. 4.

¹⁴⁶ Forquell, H. "Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen", *op.cit.*, p. 511-538. Posición dura y profusamente criticada por Martinek en *Moderne Vertragstypen, op. cit.*, p. 45-50.

¹⁴⁷ En este mismo sentido, Ruiz Peris J.I. "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *op.cit.*, p. 11255-11257. Asimismo, Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *op.cit.*, p. 101.

¹⁴⁸ Forquell, H. "Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen", *op.cit.*, p. 527.

En definitiva, la franquicia no es ningún contrato de licencia aunque ésta sea un elemento esencial¹⁴⁹. La primera no puede existir sin la segunda, y la licencia no puede dar lugar por sí sola a una franquicia¹⁵⁰.

B.5. LA FRANQUICIA COMO SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRADA.

Cuando hablamos de distribución comercial en su sentido económico, nos estamos refiriendo a todas aquellas técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor; abarca las diversas actividades y operaciones que aseguran la llegada de los mismos a los compradores de productos o servicios, facilitándoles su selección, adquisición y uso¹⁵¹.

En un sentido jurídico estricto se consideran los contratos realizados entre los fabricantes, importadores o proveedores, por una parte, y los distribuidores, mayoristas o minoristas, por otra, para la comercialización de un producto o de un servicio, excluyéndose los realizadas entre los minoristas y los consumidores -reventa-¹⁵².

¹⁴⁹ Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, op.cit., p. 25 y s.; Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch*, op.cit., p. 43-45.

¹⁵⁰ Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, op.cit., p. 283.

¹⁵¹ Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, op.cit., p. 28.

¹⁵² El concepto de distribución es muy amplio y heterogéneo, agrupando realidades muy distintas referidas a una etapa intermedia entre la producción y el consumo. Efectivamente, la separación geográfica entre compradores y vendedores, la imposibilidad de situar la fábrica frente al consumidor, hacen necesario el traslado de bienes (sentido original de la distribución) y servicios (noción amplia de la distribución comercial) hasta el usuario final; esta función se conoce con el nombre de distribución. *Vid.*, entre otros, Díez de Castro, E. y

Indudablemente, el origen de la franquicia hay que situarlo en el ámbito de la distribución comercial¹⁵³. La cuestión es si hoy en día ha evolucionado de forma que ya no puede calificarse el tipo como contrato de distribución o si, por el contrario, estamos ante una de sus formas, si bien la más evolucionada.

La consideración de la franquicia como método de distribución viene avalada, en un primer análisis, por diversas razones:

1. En primer lugar, la intensidad de la cooperación desarrollada en la franquicia se corresponde con la estructura y función de este tipo de sistemas¹⁵⁴.
2. En segundo lugar, tanto el contrato de franquicia como los contratos de distribución *stricto sensu*, son técnicas

Fernández Fernández, J.C. *Distribución comercial, op.cit.*, p. 3.; Alonso, R. "Los contratos de distribución comercial", en *Curso de Derecho mercantil*, Uría, R. y Menéndez, A. (coord.), Madrid: Civitas, 2001, p. 167 y ss., así como Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", en *Contratos mercantiles*, A. Bercovitz y M.A. Calzada (directores), Cap. III-V, Pamplona: Elcano, 2001, p. 299.

¹⁵³ La primera generación de franquicia es conocida como "*Product Distribution Franchising*" o también "*Product and Tradename Franchising*". El centro de gravedad del contrato radicaba en la distribución de mercancías sobre comerciantes seleccionados, que actuaban de forma independiente por su propia cuenta y en su nombre en un territorio determinado, ligados al productor y en defensa de sus intereses como una unidad operativa en el campo de las ventas. *Vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op. cit.*, p. 7. Sobre el origen del contrato de franquicia existe abundante información. Someramente citamos algunos de los textos posibles: *vid.* (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en droit suisse, op.cit.*, p. 13; Rocha, J.A. "La franquicia hoy", *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. I, 3ª ed., 1992, p. 26.

¹⁵⁴ Mediante esta intensa cooperación, de un lado las partes obtienen grandes ventajas mediante la explotación de la franquicia, y del otro, la suma de sus esfuerzos conlleva el éxito asegurado de la red, el grado óptimo de rendimiento. *Vid.* Doeser, T. "Haftungsschwerpunkte des Franchise-Gebers", en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores), p. 157.

de acción coordinada entre las empresas mediante las que se realiza una integración parcial en una unidad económica, dominada y dirigida por uno de sus miembros. Un comerciante se integra en la red mediante un convenio celebrado *intuitu personae*¹⁵⁵.

3. En tercer lugar, en esta línea se encuentra la incipiente regulación comercial legal del contrato en España en su art. 62.1 LCM¹⁵⁶ y en el Reglamento¹⁵⁷ que lo desarrolla¹⁵⁸; la cual, además, se ciñe a la misma categoría de franquicias que las definidas en el ámbito del Derecho de la competencia¹⁵⁹.

¹⁵⁵ De hecho, existen escasas diferencias *aparentes* en los modelos de contratos de distribución y de franquicia, cf. Landon, E. "Distribution-Franchise", en *Pratique des contrats internationaux*, Libro XXVI, Documento 2, 1993.

¹⁵⁶ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 17 de enero). En adelante LCM.

¹⁵⁷ RD 2485/1998 (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1998).

¹⁵⁸ En ésta se define por primera vez en el ordenamiento jurídico español el contrato de franquicia, sin pretensión de exhaustividad alguna en la determinación de sus elementos esenciales, ni con la pretensión de cubrir todas las modalidades negociales cubiertas bajo esta denominación en su art. 62 LCM (más extenso sobre dicha noción, *vid.* Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 44-50).

¹⁵⁹ La noción de este tipo de acuerdos, sin ser la misma que la definida en el ámbito del Derecho comunitario, define y circunscribe su radio de acción a la misma categoría de franquicias: aquellas proyectadas sobre la comercialización de productos o servicios. La identidad buscada se reafirma en el mismo art. 2 del RD 2485/1988, donde afirma la necesidad de que la actividad comercial en régimen de franquicia se ajuste a lo establecido en la normativa comunitaria en vigor, cosa por otra parte redundante dada la automática imperatividad de la normativa comunitaria, pero que resulta ilustrativa de la orientación buscada por el legislador nacional a la hora de contemplar el contrato. El elemento de licencia de derechos sobre bienes inmateriales, por lo tanto, queda comprendido en la mención a la cesión del derecho de explotación del sistema. La referencia al concepto que del contrato tiene el Derecho de la competencia, partiendo del Derecho nacional, tiene como norma básica a la Ley de Defensa de la

Competencia [Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE de 18 de julio, núm. 170); modificada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre, núm. 311) que reforma sus normas reguladoras, y por Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas (BOE de 22 de febrero, núm. 46). A su vez, desarrollada por el RD. 157/92, *cit. infra*, y por el RD. 1443/2001 de 21 de diciembre, en lo referente al control de las concentraciones económicas (BOE de 18 de enero de 2002, núm. 16)], que en virtud de lo establecido en el art. 5, ha sido desarrollado reglamentariamente respecto de las categorías exentas en el R.D. 378/2003, de 28 de marzo [R.D. 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. (BOE núm. 90, de 15 de abril)], que deroga el Real Decreto 157/1992 [Art. 1.1. e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, de desarrollo de la Ley 16/1989, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia (BOE de 29 de febrero)]. Sin embargo, tanto bajo la vigencia del RD 157/1992, como bajo la del RD 378/2003, la normativa nacional de defensa de la competencia se ciñe a lo establecido en el marco comunitario en vigor ("*Artículo 2. Exenciones por categorías.- 1. Acuerdos verticales. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, en la medida en que tales acuerdos afecten únicamente al mercado nacional y siempre que cumplan las disposiciones establecidas en: a) El Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan*".). Así pues, en la actualidad, puesto que la norma comunitaria no hace referencia específica del contrato de franquicia, sino que éste se considera como integrante de la genérica de los acuerdos verticales, el Reglamento español ignora igualmente la especificidad de la franquicia, con lo que, consecuentemente, podemos referirnos a una configuración única relevante para la normativa de defensa de la competencia tanto para el territorio comunitario como para el nacional. El Derecho de defensa de la competencia es el Reg. 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 (DO L 336 de 29 de diciembre de 1999, p. 21). En él se establece un marco genérico de exención para determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, entre las cuales se encuentran las franquicias. Éstas se incluyen dentro de aquellos acuerdos verticales que contienen cláusulas que se refieren a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que éstas no constituyan el objeto principal de dichos

4. En cuarto lugar, la jurisprudencia, especialmente la francesa y parcialmente la española¹⁶⁰, ha atribuido las

acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. No es éste el propósito de extendernos aquí sobre el alcance y repercusiones de tal normativa sobre el contrato de franquicia, respecto de la que nos remitimos, en primera instancia, como interpretación auténtica, a la Comunicación de la Comisión que establece las directrices relativas al Reg. 2790/1999 y, en concreto, en los apartados 199, 200 y 201, con alguna mención anterior, como es el caso del aptdo. 42 (Comunicación de la Comisión 2000/C 291 /01 - Directrices relativas a las restricciones verticales). Critica la sistemática operada respecto de esta regulación restrictiva de los acuerdos verticales Alfaro Águila-Real, J. "Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales", *GJ*, NÚM. 229, enero/febrero 2004, pp. 51-67, espec. referido a su incidencia negativa en la franquicia, en las pp. 66 y s. Sobre el tratamiento de los acuerdos de franquicia por el Derecho comunitario de defensa de la competencia, con carácter no exhaustivo y referido a la extinta regulación, base de la actual, del Reg. (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de exención de determinadas categorías de acuerdos de franquicia *vid.* por todos, Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 52-96; Korah, V. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, Oxford: ESC Publishing Limited, 1989; Ruiz Peris, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, *op.cit.*; Schultz-Schaefer, D. "Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung", *GRUR Int.*, núm. 7, 1989, p. 515-521; Skaupy, W. "Die rechtlichen Probleme des Franchising", reseña de su intervención el 11 de abril de 1991 en "Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, núm. 9, 1991, p. 676.

¹⁶⁰ En Francia la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este contrato siendo siempre catalogado como un contrato de distribución, consecuentemente con la regulación que en este país tiene la franquicia, como veremos *infra*. Sentencias: -*époux Verdoux c. Sodireg*- Agen, Ch. soc. 8 noviembre 1977; y -*Lamy c. Sodireg*- 2º París, 5º Ch., sect. C., 3 noviembre 1977", *La Semaine Juridique, éd. generale*, 1979, ref. 19027; Cour d'Appel de Colmar, *Felicitas, IPM (S.A.R.L.) c. Georges (Armand)*, 6 diciembre 1977, *Propriété Industrielle. Bulletin documentaire*, vol. 3, 1978, pl 405; Sent. de la Cour d'Appel de París "*Morvan c. Sté Interncontinents*", de 28 de abril de 1978, *La Semaine Juridique, éd. commerce et industrie*, núm. 5, 1980, p. 5-8. Respecto de la jurisprudencia española, inicia este encuadre clasificatorio de la franquicia en el contexto de la distribución, la STS. de 21 de octubre de 1996, "*Levi Strauss España, SA c. La Abuela Ana, SA*", *RJA* 1996, 7234. Los contratantes si bien denominaron su relación en el documento que los liga como de concesión mercantil, en la carta resolutoria litigiosa se optó por el término específico de

consecuencias que se derivan del régimen jurídico propio de los contratos de distribución *stricto sensu* a la franquicia.

En orden a verificar la exactitud de la adscripción de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia en la categoría de los contratos de distribución seguiremos el siguiente discurso: en primer lugar, es necesario partir de la esencia de estas relaciones de intermediación/distribución, principalmente como sistema de integración vertical y descendente destinado a la venta de mercaderías¹⁶¹; en segundo lugar, y abundando en este análisis comparativo, cotejaremos las relaciones obligacionales del contrato

"franquicia". El T.S. por su parte utiliza únicamente este segundo término pero no rechaza el anterior como falso ni precisa el concepto. *Vid.* Ftos. de Derecho 1º y 2º. A nivel de Audiencia, *vid.* Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 1992 y de 26 de mayo de 1993. Fuente: *Colex jurisprudencia*.

¹⁶¹ Según que la distribución se haga por el propio fabricante o por otros empresarios independientes, se habla de distribución directa o de distribución indirecta o en cadena. A su vez, por la función que desempeñan los integrantes del canal, la distribución podrá ser de estructura horizontal si agrupa a distribuidores que están situados en el mismo escalón del proceso productivo y de estructura vertical, si agrupan a empresarios que actúan en distintos escalones de dicho proceso. Por último, en atención al grado de integración de los miembros de la red de distribución podemos referirnos, de un lado a la distribución libre o extensiva, que presenta como principales características, en primer lugar, la utilización por el fabricante de distribuidores independientes desde el punto de vista económico y jurídico que, además no se hallan incorporados a la red comercial del fabricante y que no están limitados en cuanto al número ni tienen asignado un territorio; y, de otro, la distribución integrada o distribución en sentido estricto, que comprende todas aquellas fórmulas por las que terceros empresarios se incorporan a las disciplina y condiciones de un canal impuestas por el fabricante, perdiendo en mayor o menor grado su propia autonomía. *Vid.* Alonso, R. "Los contratos de distribución comercial", *op.cit.*, p. 168 y s.

de franquicia con las propias de aquellos otros negocios jurídicos¹⁶².

a. La franquicia como sistema de distribución integrada.

Las operaciones tendentes a la distribución se realizan a través de diversos canales, que se distinguen por el número de sus niveles. Cada nivel es un intermediario. La relación entre los intermediarios y el productor es diversa según la mayor o menor conexión entre ambos. Así, pueden formar parte de sus órganos propios, o bien puede éste servirse de mediadores independientes o integrados.

Los contratos de distribución en sentido estricto conforman la distribución integrada en sentido clásico que, en este caso, sólo puede ser vertical, esto es, entre sujetos pertenecientes a distinto nivel de la cadena distributiva¹⁶³. Frente a ésta se distingue la

¹⁶² A favor de este encuadre, al menos en cuanto hace a las relaciones de franquicia verticales y descendentes, se ha ocupado una dilatada doctrina, extranjera y española. Sin ánimo exhaustivo, *vid.* Uría, R., *Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 28ª ed., 2002, pp. 738 y s.; Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho mercantil*, *op.cit.*, p. 833 y ss., y García Herrera, A. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 3.986)", *R.G.D.*, enero - febrero 1995, pp. 348-353, si bien esta última autora, aunque lo enmarca en los contratos de distribución en sentido estricto, al tiempo reconoce que se asemeja más a un contrato de transferencia de tecnología según, por otra parte, reconoce el Derecho de la competencia al calificarlo como contrato de transmisión de bienes inmateriales y no de distribución (con referencia al derogado Reg. 4087/1988). Entre la doctrina extranjera, *vid.* Doeser, T. "Haftungsschwerpunkte des Franchise-Gebers", *op.cit.*, p. 157-159; Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, *op. cit.*, p. 19 y ss.; Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, p. 33.

¹⁶³ El fenómeno de la integración en la distribución no supone necesariamente la verticalidad de la relación, pudiendo ésta producirse entre sujetos pertenecientes al mismo nivel del mercado. En este caso, no obstante, no estaríamos ante los llamados contratos de distribución en sentido estricto, objeto de nuestro análisis comparativo. La razón de que nos centremos en éstos y no en otras formas de distribución tiene su razón de ser en la génesis de las relaciones de franquicia: el contrato. Desde este punto de vista, el negocio

“simple o libre”, que carece de vinculación contractual previa y permanente entre fabricante o mayorista y revendedor¹⁶⁴.

La clasificación en esta categoría comercial del contrato de franquicia pasa, por lo tanto, por la afirmación de la verticalidad de las relaciones entre franquiciador y franquiciado y, en segundo lugar, por la restricción del objeto del contrato de franquicia a la comercialización de productos:

1. Respecto de la primera cuestión, un primer análisis indica que el tipo de cooperación predominante en la franquicia es vertical. Esto es indiscutiblemente así en la franquicia de distribución, cuyo objetivo principal es la comercialización de los productos del franquiciador por el franquiciado¹⁶⁵.

No obstante, en determinados casos, si bien poco frecuentes como para ser estimable estadísticamente en el sector, se puede hablar de franquicia horizontal, esto es, cuando franquiciador y franquiciado se encuentran en el mismo nivel del mercado, concurriendo de igual modo los elementos propios de este sistema. Éste es el caso de la franquicia industrial, entre dos fabricantes, o

jurídico supone la existencia de una empresa productora/mayorista que comercializa sus productos mediante un haz de contratos concluidos con sus intermediarios situados en un nivel inferior de la cadena de distribución. Desde el punto de vista del origen de la franquicia, ésta no puede quedar referida sino a la integración vertical. Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, p. 31 y 33.

¹⁶⁴ Vicent Chuliá, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p. 133 y s.

¹⁶⁵ La distribución vertical puede ser ascendente o descendente. La ascendente va desde los detallistas al productor. Este es el caso de las grandes superficies de venta o centros comerciales, integrados con un suficiente grado de cooperativismo como para imponer sus condiciones al fabricante. Por su parte, la descendente va desde los fabricantes o productores a los detallistas. Según E. Gallego, la distribución ascendente "es ajena, por definición, al fenómeno distributivo como procedimiento aplicado a instancia de productores/mayoristas para la comercialización de sus productos o servicios.", *vid.* Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, n.p. 107, p. 31. Acordes con esta opinión, las referencias posteriores a la integración vertical deberán entenderse realizadas a la descendente.

en ciertos supuestos de servicios, cuyas relaciones se sustancian entre dos detallistas¹⁶⁶.

2. En cuanto a la consideración de la franquicia como un sistema de venta (distribución) de mercaderías cabe apreciar dificultades innegables, al menos si se considera en todas sus posibilidades¹⁶⁷.

En primer lugar, la primera duda se nos presenta respecto de la franquicia industrial, cuyo objetivo fundamental es la producción del bien franquiciado y no la comercialización del mismo¹⁶⁸. Sin embargo, no puede desconocerse que junto a la obligación de producción del bien, el franquiciado industrial debe también

¹⁶⁶ Así en el ámbito de la hostelería, como "Holiday Inn". Por otra parte, la horizontalidad de la relación entre las partes no empece la reflexión sobre la situación de control o mayor poder fáctico del franquiciador sobre la base del contrato firmado con los franquiciados, de carácter adhesivo, y su consecuente control sobre la red. De esta forma, la predicada horizontalidad no es relevante para medir las relaciones entre las partes, marcadas por la fortaleza de la posición del franquiciador. Con todo, la horizontalidad en la franquicia es un supuesto "extraordinario", ajeno a su estructura típica, según puede cotejarse de las estadísticas del sector; *vid.* www.franquiciadores.com

¹⁶⁷ Barbieri, G. y Frignani, A. "Contratti della distribuzione", en A. Frignani (coord.) *Il Diritto del commercio internazionale*, cap. 7º, Turín: Ipsoa Informatica, 2ª ed., 1990, p. 193.

¹⁶⁸ Un argumento no muy diferente motivó a la Comisión a no incluir a la franquicia industrial en el ámbito de acuerdos exencionables contemplados en el derogado Reg. 4087/88. En él se indicaba expresamente que: "...dichos acuerdos, que suponen relaciones entre fabricantes, presentan características diferentes a las de los demás tipos de franquicia: son licencias de fabricación basadas en patentes y/o "know-how" técnico, acompañadas de licencias de marcas...", cf. Exp. Mot. 4 del Reg. 4087/88, *op.cit.*. Exclusión que fue fuertemente criticada por la doctrina, en cuanto que todas las modalidades participan de la misma finalidad: la transmisión del derecho a usar de ese modelo de empresa, junto con todos los elementos necesarios para que dicho modelo pueda ser ejecutado, a cambio de una contraprestación. *Vid.* Ruiz Peris J.I. "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *op.cit.*, p. 11256.

distribuirlo, con lo que participa de un carácter mixto en la escala del mercado.

Muy al contrario, puede argüirse que este objeto es completamente ajeno al sector de servicios, y en cualquier caso parcial en los supuestos de franquicia mixta de productos y de servicios¹⁶⁹. La ajeneidad se produciría sólo respecto del objeto en sí, en cualquier caso discutible, no en las circunstancias que rodean su prestación.

Por el contrario, en la doctrina, tanto jurídica como económica, no es infrecuente considerar al contrato de franquicia como una forma de cooperación entre empresas para la distribución de productos y servicios indistintamente. De esta forma, implícitamente no es percibido obstáculo alguno en el concepto de "distribuir un servicio"¹⁷⁰. En igual sentido se ha pronunciado la normativa comunitaria en vigor¹⁷¹.

La incardinación del contrato de franquicia dentro del ámbito de la distribución integrada sólo es posible desde un concepto amplio de la misma; de lo contrario, entendiendo la doble

¹⁶⁹ Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, op.cit.*, p. 280.

¹⁷⁰ Giner Parreño, C. A. "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", *Derecho de los Negocios*, año 2, núm. 13, p. 2; Díez de Castro, E. y Fernández Fernández, J.C. *Distribución comercial, op.cit.*, p. 3; Morral Soldevilla, R. "La compensación por clientela vitalicia en el contrato de agencia mercantil y la prescripción de la acción" (Reflexiones a propósito de un caso singular), *RDM*, abril/junio 2004, pp. 597-620. A favor de este concepto amplio de distribución que incluye la prestación de un servicio se encuentra la Cámara de Comercio Internacional, y así lo menciona expresamente en el modelo de contrato internacional que propone, y en las explicaciones al mismo, *vid. ICC, The ICC Model International Franchising Contract*, publicación ICC núm. 557, París: ICC Publishing S.A., 2000, *passim*. Posición fuertemente contestada por (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en droit suisse, op.cit.*, p. 33 y s..

¹⁷¹ Art. 2.3 Reg. (CE) 2790/1999.

restricción señalada relativa a la verticalidad de la relación y a la concreción objetiva del contrato a la distribución de productos habría que concluir con M. Martinek, que el Derecho de los contratos de intermediación en sentido estricto no cubre la totalidad de las formas de aparición de la franquicia, al quedar fuera efectivamente aquella cuyo objeto es la prestación de un servicio¹⁷². Respecto de la industrial, su incardinación o exclusión restaría desde este prisma restringido, cuanto menos dudosa y, en cualquier caso excluida si el acuerdo se limita a la producción de un bien, excluyendo la comercialización del mismo.

A mayor abundamiento, compararemos los diferentes tipos negociales según el esquema seguido anteriormente, incidiendo en las diferencias y analogías de la franquicia en este marco reducido de la distribución comercial.

b. Análisis comparativo de los elementos que integran al contrato de franquicia en relación a los contratos de distribución en sentido estricto.

Según una comparación estructural de las relaciones obligacionales de éstos frente a las propias de las partes en el contrato de franquicia. Indicaremos de forma genérica tanto las analogías como las diferencias del contrato de franquicia con el de concesión y el de distribución selectiva¹⁷³:

1. En cuanto a las identidades, en ambos casos nos encontramos ante negocios jurídicos celebrados por empresarios

¹⁷² Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, op. cit., p. 58-61.

¹⁷³ Aunque el contrato de franquicia puede equipararse a una amplia gama de relaciones de distribución, posee respecto de éstas determinados rasgos específicos, cf. Comisión de las Comunidades Europeas (Dón. Gnal. XXIII), *Contratos de franquicia en la Comunidad Europea*, op.cit., p. 4; Pattison, J. E. *International Business Portfolios Establishing a Transnational Franchise*, Nueva York: Matthew Bender, 1988, p. 1-14.

independientes, que no pierden tal autonomía durante la relación contractual. La franquicia, al igual que éstos es un contrato de adhesión y de tracto sucesivo, que supone la incorporación a la red o sistema del concedente (negocios jurídicos individuales configurados con relación a un sistema central), y de carácter matizadamente atípico.

2. Las diferencias más notables son:

- a) En primer lugar, la mayor presencia de elementos inmateriales en el contrato de franquicia. Mientras que es común a todos los tipos la licencia de los signos distintivos del concedente, sólo en el de franquicia existen o no es infrecuente que aparezcan en particular, licencias de otros derechos de propiedad industrial e intelectual. Amén de la transmisión de un *know-how* comercial¹⁷⁴, que aunque puede darse en los contratos de distribución en sentido estricto, cobra una especial relevancia en la franquicia, salvo determinados casos¹⁷⁵;
- b) La participación colaboracionista del franquiciador en la actividad del franquiciado durante la relación comercial es mayor que la del concedente exclusivo o selectivo (asistencia comercial, formación, etc.), o cuanto menos

¹⁷⁴ Ésta es la diferencia principal señalada que delimita a la franquicia frente a la concesión, según se indica en el Fundamento de Derecho 1º de la Sent. AP de La Rioja de 13 de julio de 1992 (AC 1992/1072).

¹⁷⁵ En contra, Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 48. Por otra parte, la transmisión de *know-how* no se da en todas las modalidades de franquicia, aunque en alguno de estos supuestos se ha planteado la misma validez del encuadre como tal modalidad contractual, *vid.* Gómez Muñoz, A., De Haro Giménez, T. y Padilla Romero, L. "La franquicia como alternativa para las cadenas de distribución alimentaria", *op.cit.*, p. 64-73, espec. p. 70-73.

consustancial a la franquicia que no a la distribución selectiva o a la concesión¹⁷⁶;

- c) Aunque en todos los casos existe licencia de signos distintivos, como hemos visto, con la correspondiente obligación de mantener la imagen de la red, en la franquicia tal obligación parece comportar una mayor vinculatoriedad para el franquiciado. Efectivamente, no sólo se trata de vender determinados productos con la marca del concedente, sino el deber de seguir puntualmente todo un sistema comercial o de marketing del franquiciante.
- d) La esencia del contrato de franquicia no implica ni una exclusividad concedida al franquiciado, ni el aprovisionamiento obligatorio de éste por parte del franquiciador¹⁷⁷.
- e) Por último, dado que los sujetos en los contratos de distribución en sentido estricto pertenecen necesariamente a dos escalones distintos del mercado, sólo cabe la analogía respecto de la llamada franquicia de subordinación o vertical (*Subordinations-Franchising*), pero no respecto de la de colaboración u horizontal (*Partnerschafts-Franchising*).

Estas disparidades no son exactas respecto de todas las posibilidades negociales en la práctica. En cualquier caso, la cuestión esencial es si las diferencias señaladas configuran un original diferente o sólo una modalidad dentro de la categoría general de la distribución.

¹⁷⁶ Pinto Monteiro, A., *Contratos de Distribuição Comercial, op.cit.*, p. 124.

¹⁷⁷ Rapp, J.-M., "Typologie des contrats de distribution", en *Les contrats de distribution. Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, p. 42 y s.

C. CONCLUSIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO.

Nos encontramos ante una fórmula que vincula en torno a un producto o servicio a franquiciador y franquiciado, cuyas características participan de los elementos de distintos negocios jurídicos, sin que pueda entenderse que la regulación de uno de los contratos que contempla nuestro Derecho positivo le sea aplicable en su totalidad¹⁷⁸.

El carácter complejo del contrato de franquicia, en el que concurren elementos propios de otros negocios jurídicos, incide necesariamente en su naturaleza jurídica. Al respecto existen dos posibilidades:

1. Entender que la naturaleza jurídica del contrato de franquicia es variable según su clase. Así, en algunos casos será una forma de distribución, y en otros de transmisión de derechos de propiedad industrial e intelectual, o de otra categoría jurídica con el que guarde en el caso concreto una mayor identidad.

¹⁷⁸ La consideración del contrato de franquicia como de naturaleza atípica y mixta, formado por la fusión de prestaciones que han sido tomadas de contratos de diversa naturaleza formando una nueva especie contractual, es común en los distintos autores que han tratado el tema y en la jurisprudencia. Entre estos, Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, pp. 544 y ss.; Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, pp. 79 y ss. Desde otro punto de vista, se ha matizado que sin ser atípico, está regulado de forma fragmentaria y dispersa, así Vicente Chuliá, *op.cit.*, 17^a ed., p. 834, o Echebarría Sáenz, *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 106. Entre la jurisprudencia, *vid.* la STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-. En el mismo sentido y respecto del mismo contrato se ha pronunciado la SAP Alicante núm. 138/2002, de 14 de marzo, -JUR 2002/139857-, y la SAP Burgos núm. 81/2002, de 11 de febrero, -AC 2002/892- y la SAP Murcia núm. 199/2000, de 8 de mayo, -JUR 2000/201552-.

Según este esquema, la eficacia conjunta y la importancia de cada uno de los elementos difiere en gran manera en cada una de las formas de aparición, de forma que el centro de gravedad del contrato cambia según su objeto (*Absatzgut*) y según el sistema empleado¹⁷⁹.

Conforme a esta posición, la ley aplicable al contrato de franquicia no puede determinarse con carácter general, a salvo de las oportunas apreciaciones del caso concreto. Tal operación, individualmente realizada, será el resultado de la extensión analógica de la solución propia del negocio jurídico al que la franquicia controvertida se ha subsumido.

2. O bien entender que el contrato de franquicia, aunque posee elementos de licencia de propiedad industrial, de *know-how*, de representación y del contrato asociativo, éstos no son elementos absorbentes con capacidad para totalizar el régimen del negocio en una subsunción, sino rasgos de una institución autónoma¹⁸⁰, en torno a una causa o finalidad común. Ésta es la opción que nosotros estimamos válida, según los siguientes razonamientos:

La función económica del contrato de franquicia se realiza a partir de la transmisión de un método completo de explotar una empresa que opera a través del contrato¹⁸¹.

Ésta se sustancia mediante la cesión de una serie de derechos sobre bienes inmateriales, o entes no corporales económicamente valorables y protegidos por el ordenamiento

¹⁷⁹ Tietz, B. *Handbuch Franchising, op.cit.*, p. 503.

¹⁸⁰ Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, op.cit.*, p. 136, 203-207.

¹⁸¹ *Vid.* Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 706.

jurídico¹⁸². La misma noción empresarial desarrollada por el franquiciador puede considerarse como un bien inmaterial en sí misma considerada.

Ahora bien, la transmisión no es una finalidad en sí misma, sino un medio de extender una idea comercial más allá de un mercado¹⁸³. Mediante ésta, el franquiciador alcanza el objetivo comercial pretendido en su empresa fuera de sus posibilidades personales de realización. En definitiva, alcanza a aquellos consumidores o usuarios finales que de otro modo no hubiese podido servir¹⁸⁴.

Por lo tanto, el franquiciado actúa como catalizador o intermediario entre el franquiciador, su negocio, y el consumidor, que compra así el producto o recibe el servicio objeto de la

¹⁸² "Elemento ontológicamente imprescindible del franchising es la transmisión, del franchisor al franchisee, de derechos, facultades o bienes, que este último no puede de otra forma adquirir... en otros términos, un conjunto de relaciones y la transferencia de un conjunto de derechos"; vid. Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, op.cit., p. 276 y s.

¹⁸³ Posición contraria defendida por Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa*, op.cit., pp. 544 y ss.

¹⁸⁴ El contrato de franquicia queda caracterizado por su finalidad o función. Según ésta, constituye el medio por el cual el titular, franquiciador, de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios llega al consumidor final, a través de una serie de establecimientos comerciales -franquiciados-, que fabrican y expenden el producto o servicio de esa marca conforme a las instrucciones y exigencias del franquiciador. Vid. Farina, J.M. *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, pp. 451 y ss. Como compensación de este papel subsidiario o mediático prestado por el franquiciado, y del que sin duda también se beneficia, algún autor ha situado la posibilidad de participación en la evolución del concepto de negocio, y la necesidad de que se garantice la amortización de su inversión de capital, vid. Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, Europäische Hochschulschriften: Serie 2, Derecho, vol. 2141, Frankfurt: Peter Lang, 1997, p. 87.

franquicia, aunque de forma interpuesta. ¿Acaso no supone esto una forma de distribución, *lato sensu*?

Efectivamente, la finalidad de la comercialización no puede ser marginada, aunque ésta tenga su origen en la licencia de determinados derechos de propiedad industrial. Ahora bien, esto no debe entenderse como una cualificación o aptitud del contrato de franquicia para ser encuadrada en la categoría jurídica de los contratos de distribución *stricto sensu*.

Realmente son varios los elementos que los separan; básicamente recordamos aquí:

1. La franquicia no sólo puede tener por objeto la venta de bienes, sino también su producción y la prestación de servicios¹⁸⁵;
2. En segundo lugar, que deben también considerarse determinadas formas horizontales de franquicia, fenómeno extraño a la distribución entendida como medio de hacer llegar los bienes de un productor al consumidor final; y por último,

¹⁸⁵ La función de comercialización como base de la franquicia, que incluye la prestación de un servicio como asimilado ha sido, ciertamente, discutido por simplista, puesto que no contempla más que una función del contrato, la compra para su posterior reventa, y por reduccionista del tipo a una de sus tipologías, la de distribución, así, Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, pp. 547 y ss. Si bien tal crítica alcanza a la función de comercialización, como hemos indicado, pero no a integrar en ella el elemento de servicio, como base de la actividad de la franquicia, asimilación común, por el contrario, en numerosos autores. Así, Alonso, R. "Los contratos de distribución comercial", *op.cit.*, p. 167; Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, pp. 28 y ss., Pérez De La Cruz Blanco, A. "Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica", *op.cit.*, p. 27 y ss.; Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 184, o Angulo Rodríguez, L., "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en *Derecho mercantil*, G. J. Jiménez Sánchez (coord.), vol. II, cap. 62, 6ª ed., Barcelona: Ariel, 2000, pp. 278 y s. Al tiempo, el término de "comercialización de productos y servicios" es utilizado por la misma normativa específica, como es el art. 62 L.C.M.

3. El contrato de franquicia comprende una noción más compleja que la mera labor de intermediación, supone la transmisión de una forma de hacer empresa. Así, en el diseño contractual, los productos o servicios quedan en un segundo plano, siendo el sistema o método de comercialización el que atribuye su especificidad y diferencia unas franquicias de otras¹⁸⁶.

Así pues, podemos hacer una conclusión preliminar, afirmando que, por una parte, la licencia no agota el contenido de la franquicia, que no puede comprenderse sin la actividad final de esta última, el suministro de determinados bienes o la prestación de un servicio pertenecientes a un empresario, el franquiciador, a través un intermediario que es otro empresario independiente, el franquiciado. Y, por otra parte, la finalidad del contrato de franquicia, la comercialización del objeto del negocio, tampoco basta para explicar completamente la institución, que precisa del elemento relativo a la licencia¹⁸⁷.

De esta forma, nos encontramos con una figura mixta, una forma de "concesión de licencia comercial"¹⁸⁸; en el plano de la comercialización de un producto o servicio, es el equivalente a una concesión de licencia de patente. La configuración de la franquicia quedaría definida como la concesión de una marca de productos o de servicios, a la cual se suma la concesión de la suma de los métodos y medios de venta. En definitiva, se trata de un contrato

¹⁸⁶ Vid. Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 705.

¹⁸⁷ Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 78 y s.

¹⁸⁸ Explica G. Santini que se trata de una modalidad definida por algunos como "marketing de la idea". Vid. Santini, G. *El comercio. Ensayo de Economía del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1988, pp. 86 y ss.

mixto que combina elementos de licencia (en sentido amplio), de colaboración y de distribución¹⁸⁹.

No obstante, aún queda por explicar el efecto integrador del contrato en la red de franquicia, sin el cual sólo contemplaríamos una vertiente del fenómeno. No puede desconocerse que la franquicia se encuadra en el fenómeno más amplio que en el ámbito de la distribución comercial se llama "asociacionismo", para indicar todas aquellas organizaciones de empresas que, en vez de operar en régimen de concurrencia recíproca, se unen colaborando con el fin de obtener la finalidad considerada de común interés, nueva estrategia de racionalización del aparato distributivo¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Carácter mixto indicado por Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 708, por Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 78 y s. y también, Farina, J.M. *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, *op.cit.*, pp.463-466. El razonamiento expositivo de esta idea mixta en torno a la naturaleza jurídica de la franquicia es ampliamente desarrollado en Francia por Guyenot, J. *Qu'est-ce que le franchising?. Concessions commerciales.*, *op.cit.*, p. 1-11. Según este último autor, el contrato de franquicia pone en relación al concedente o franquiciador con el concesionario o franquiciado. Las obligaciones de los contratantes recuerdan a aquellas de los concesionarios y los concedentes. La diferencia es que en el contrato de franquicia, el concedente no cede solamente el uso de su marca a la franquicia, sino que se obliga también a suministrarle los medios de comercializar los productos o los servicios convenidos. Entre estos medios, algunos recuerdan al contrato de ingeniería (estudio previo a la creación o a la transformación de la tienda, realización y colocación de las instalaciones), mientras que los métodos y técnicas de comercialización proceden del marketing.

¹⁹⁰ Frignani, A. *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, *op.cit.*, p. 215. El efecto combinado y diferenciado en los distintos contratos de distribución derivado del juego del fenómeno de integración y de la independencia de los contratantes, concretado en el grado de asunción de riesgos, ha sido utilizado como criterio de su clasificación. Según ésta, la franquicia pertenece al grupo de aquellos contratos que atribuyen al intermediario la totalidad de los riesgos de la operación. *Vid.* Rapp, J.-M., "Typologie des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 34-45 y, particularmente, las pp. 39-43.

Unión de empresas que, como vimos en su momento, carece de virtualidad jurídica como tal agrupación, al carecer de los elementos esenciales contemplados en el ordenamiento para ser reconocida como tal.

Así pues, volviendo a la dicotomía inicial entendemos que el contrato de franquicia presenta una unidad económica y funcional común a todas sus modalidades¹⁹¹. Que si bien es cierto que en cada una de éstas puede variar la incidencia de las prestaciones de los distintos contratos que lo integran, no es justificable una naturaleza y, consecuentemente, un régimen jurídico plural.

Concluyendo acerca de su naturaleza jurídica, el contrato de franquicia es un contrato de distribución indirecta e integrada *en sentido amplio* y, por tanto, se enmarca dentro de los contratos de distribución con el resultado de que los consumidores identifican los bienes fabricados o distribuidos o los servicios prestados por el franquiciado con los fabricados, distribuidos o prestados por el franquiciador (y de ahí el control que suele imponer éste sobre sus afiliados al contratar) pero ello, no obstante, la red de distribución que surge de la franquicia se articula sobre la base de la independencia jurídica de los franquiciados respecto del franquiciador¹⁹².

¹⁹¹ Excluyendo la franquicia industrial que sólo atienda a la producción pero no a la comercialización del mismo. En este caso, el tipo se inscribiría plenamente en la familia de los contratos de licencia de producción con elementos del contrato de ingeniería.

¹⁹² Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp. 571 y s. La jurisprudencia se ha manifestado en algunas ocasiones a favor de dicho encuadre. Así, *vid.* el Fto. Dcho. 1º de la SAP Asturias núm. 17/2004, de 13 de enero, -JUR 2004/100762-, o la SAP Vizcaya núm. 585/2003, de 31 de octubre, -JUR 2003/272236-, en cuya fundamentación se afirma que "... de todos es conocida la importancia e interés que reviste la distribución de bienes del productor o importador en el mercado, distribución o intermediación que indudablemente se realiza a través de los denominados contratos de distribución comercial, categoría que dista de ser unívoca, y en la que pueden

Conforme a esta caracterización queda configurada como un sistema o método de comercialización de productos, servicios o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas, jurídica y financieramente distintas e independientes, que son el franquiciador y los franquiciados¹⁹³.

En definitiva, el contrato de franquicia es una figura autónoma y compleja no subsumible en ninguna otra categoría jurídica¹⁹⁴, híbrido de contrato de disposición y de organización, destinado a la creación de una unidad económica y funcional donde las relaciones entre las partes son descendentes y generalmente verticales¹⁹⁵, parcialmente típica, mediante la licencia sobre los

incluirse tanto la distribución directa, caracterizada esencialmente por el pasado o transmisión inmediata o directa del fabricante al consumidor, así agentes comerciales independientes, los comisionistas, y los mediadores. De otro lado, nos encontramos con la distribución indirecta, para describir aquella, caracterizada por la existencia de una serie de fases intermedias hasta la adquisición final del bien por parte de los consumidores, así a través de la distribución indirecta integrada, yendo esta desde el suministro cualificado hasta la distribución autorizada o agregación y la concesión hasta desembocar en el contrato de franquicia, etc... y distribución indirecta no integradas. El mismo tenor encontramos en la SAP Bilbao, de 31 octubre 2003, *Diario La Ley*, 26 marzo 2004, p. 16. *Vid.*, igualmente, lo indicado en el Fto. Dcho. 2º de la SAP Málaga núm. 737/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244258-.

¹⁹³ En la esencia del contrato de franquicia, lo que se pone a disposición de los franquiciados no es la posibilidad de vender los productos o prestar los servicios, cosa que podrían hacer sin el concurso de la franquicia, sino la posibilidad de usar un concreto sistema de comercialización de los mismos desarrollado por el franquiciador. *Vid.* Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, pp. 705 y s.; Burgos Pavón, G., Conferencia impartida en el *Curso de gestión y técnicas de franquicia*, organizado por el Consejo de Cámaras en Valencia en octubre y noviembre 2002.

¹⁹⁴ Fto. de Derecho 2º de la Sent. AP Barcelona de 16 de diciembre de 1996 (AC 1997/1650). *Vid.* también Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, p. 98 y s.

¹⁹⁵ Con independencia de si franquiciador y franquiciado ocupan o no distintos escalones en el mercado, productor/distribuidor, mayorista/minorista, etc., que es el caso corriente, lo esencial es que el segundo se adhiere a las condiciones

bienes inmateriales de la empresa y el reparto de funciones internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema y, por su causa, encuadrable dentro de los negocios jurídicos de distribución¹⁹⁶.

establecidas por el primero en el contrato, lo que determina una verdadera dependencia en el modo de conducirse en el negocio.

¹⁹⁶ Lorenzo Delli Priscoli afirmará en el apartado de la calificación jurídica de la franquicia y la causa del contrato, de acuerdo a esta clasificación, que éste es digno de tutela en cuanto comporta una notable disminución de los costes de distribución y producción de los servicios y, por otra parte, permite a los pequeños productores operar en amplios mercados, estimulando así eficazmente la competencia, bien de rango constitucional. *Vid.* Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milán: Giuffrè editore, 2000, p. 39 y s.

**PARTE II: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y
SUS CONSECUENCIAS. DERECHO ESPAÑOL Y PERSPECTIVAS
DEL DERECHO COMPARADO.**

1. La renovación del contrato de franquicia y la concesión de preaviso en los contratos de franquicia de duración determinada.

La terminación "natural" del contrato de franquicia en un modo cercano al mutuo disenso se produce por el transcurso del tiempo previsto en el mismo. Llegado este momento, es afirmación común que un franquiciado no tiene derecho a la renovación de su contrato de duración determinada en ausencia de cláusulas previstas al efecto que así lo prevean, sin necesidad de tener que motivar el franquiciador la decisión de no continuar con aquél¹⁹⁷. A su vez, esta ruptura causa indudablemente un perjuicio a quien la sufre, que no supone *per se* un derecho a ser indemnizado¹⁹⁸.

Otra cuestión derivada de la llegada del término es si se puede extinguir el contrato automáticamente, o si se precisa de algún tipo de comunicación recepticia dirigida al franquiciado manifestándole la intención de proceder a la extinción prevista del mismo, siempre con un tiempo estimado suficiente y cuyo primer

¹⁹⁷ Vid. Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, p. 100; Hernando Giménez, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, *op.cit.*, p. 397; Zimmermann, R. y Whittaker, S. (editores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 532-556; (Le) Tourneau, Ph. "Franchisage", *op.cit.*, p. 22. Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, *op.cit.*, p. 139; Frignani, A. *Il contratto di franchising*, *op. cit.*, p. 183 y ss.

¹⁹⁸ Chazal, J-P., "La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *JCP - La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 5, 2 febr. 1999, pp. 211 y ss. En sentencia sobre el contrato de franquicia, se ha expresado en el mismo sentido de forma diametralmente clara la SAP Barcelona núm. 442/2004, de 6 de octubre -JUR 2004/308378-, cuyo fallo denegó la pretensión del franquiciado en reclamación de cantidad por finalización del contrato, al finalizarse éste de acuerdo a la previsión al respecto establecida en el acuerdo. Por consiguiente, no reconoce un derecho de prórroga tácita, y admite que en la continuación de las relaciones contractuales pueda exigirse la formalización de un nuevo contrato con condiciones pactadas libremente entre las partes.

fundamento se encuentra en la relación de confianza entre las partes¹⁹⁹.

Una reflexión positiva de esta necesidad del preaviso se deriva de la normativa sobre competencia desleal, cuyo desarrollo ha tenido lugar particularmente en el Derecho comparado, y con otros matices igualmente en el Derecho español, según se colige de los siguientes apartados. A su vez, en nuestro país, se ha pretendido una contestación afirmativa construida sobre la base de contratos considerados análogos, como la concesión o la agencia, o a instituciones tales como el abuso de derecho, de lo que hacemos mención en el apartado en el que estudiamos esta figura²⁰⁰.

La otra cuestión que se plantea, llegado el término, es la eventual prórroga o renovación del contrato. En este momento, las posturas frente a la perpetuación del negocio pueden ser dispares, en cuanto que una de las partes pretenda su renovación, mientras que la otra no. La diferencia de disposición interesa cuando es el franquiciador, considerado como la parte fuerte de la relación derivado de la naturaleza adhesiva del contrato, el que no desea la continuación del contrato o bien aprovecha esta circunstancia para forzar el endurecimiento de las condiciones contractuales²⁰¹.

¹⁹⁹ Hernando Giménez, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, *op.cit.*, p. 397

²⁰⁰ Con independencia de la remisión anunciada *vid. asimismo* Lara González, R. *Las causas de extinción del contrato de agencia*, *op.cit.*, p. 146. Para este autor, el preaviso en este caso sería importante aunque no exigible, amparándose en la buena fe que el empresario que no quisiera renovar diese una comunicación anunciando su fin. Tema desarrollado también en Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 95-110.

²⁰¹ En principio, el franquiciador, con la perspectiva de la no-renovación, defiende la elasticidad y la tensión del propio aparato distributivo; del otro lado, el franquiciado pretende con la continuidad del negocio no perder la clientela ni ver comprometidos todos los intereses efectuados en términos de capital, materias primas, adecuación de instalaciones, bienes almacenados, y elementos semejantes, *vid. Frignani, A. Il contratto di franchising*, Milán: Giuffrè Editore, 1999, p. 182.

En cualquier caso, si no existe pacto expreso alguno sobre el particular, llegado el término del contrato se producirá la extinción del contrato con las consecuencias liquidatorias procedentes toda vez que estando en presencia de comerciantes independientes que asumen el riesgo de su actividad, han de saber medir tal riesgo²⁰². Sin embargo, es mucho más frecuente que se acompañe a la cláusula de duración del contrato una previsión acerca de los mecanismos establecidos para su prórroga, ya expresa ya tácita²⁰³, o las condiciones de su renovación entendida como la formalización de un contrato con cláusulas modificadas²⁰⁴.

La solución dadas a estas cuestiones es similares en los países de nuestro entorno, si bien existen diferencias apreciables, que iremos exponiendo a lo largo de los siguientes apartados.

²⁰² Guardiola Sacarrera, E. *Contratos de colaboración en el comercio internacional, op.cit.*, p. 265.

²⁰³ Hernando Giménez, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa, op.cit.*, p. 400; Pellisé de Urquiza, C. *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p. 49. La duración determinada del contrato con expresa previsión acerca de su continuidad es más frecuente que pactar una duración indefinida, entre otras razones, porque estimulan la actividad de los franquiciados, y por lo tanto del aparato distributivo, derivada de esta misma situación de precariedad, *vid.* Bensoussan, H. *Le Droit de la Franchise*, 2ª edición, Vendôme: Éditions Apogée, 1999, p. 198 y s., *vid.* también Gallego Sánchez, E. *La franquicia, op.cit.*, p. 53.

²⁰⁴ En condiciones normales, la tácita renovación del contrato puede considerarse la regla, siendo ventajoso para el franquiciador en cuanto que el cambio de franquiciado puede "desorientar" a parte de la clientela. Otras veces, por el contrario, el franquiciador utiliza la posibilidad de renovación para endurecer las condiciones de la franquicia en lo que es, en realidad, la conclusión de un nuevo contrato. Frignani, A. *Il franchising, op.cit.*, 1990, p. 74;

A. LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LA CONCESIÓN DEL PREAVISO. MISCELÁNEA DE DERECHO COMPARADO.

A.1. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso en Italia.

En Italia, si el contrato de franquicia es de duración indeterminada, la resolución *ad nutum* debe ir precedida de un preaviso suficientemente largo, adecuado²⁰⁵. En el caso de no existir éste, debe entenderse que la resolución precipitada del contrato no puede ser cambiada dando lugar a una continuidad en el mismo como sanción, so pena de conculcar la autonomía de la voluntad de las partes. En tal caso, lo que procederá es el resarcimiento correspondiente al daño producido²⁰⁶.

²⁰⁵ Algún autor indica que tal plazo no puede ser inferior a un año en aplicación analógica de la disposición del art. 1569 Codice civile sobre el contrato de suministro (Según éste, si no se ha establecido la duración del suministro, cualquiera de las partes puede rescindir el contrato dando el preaviso pactado o aquél establecido en los usos comerciales o, en su defecto, otorgando un término congruente con la naturaleza del suministro), disposición comunmente aplicado a la franquicia de distribución; así *cfr.* Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milán: Giuffrè Editore, 2001, p. 138 y s. y Frignani, A. "Termination of franchise and distribution agreements in Italy", *JIFDL*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 66. Para A. Frignani el necesario preaviso que deber preceder a la resolución del contrato de franquicia de duración indeterminada, es una exigencia derivada del principio de buena fe en la ejecución contractual, *vid.* Frignani, A. *Il contratto di franchising, op. cit.*, p. 184. Por otra parte, este preaviso debe preceder a la ruptura del contrato por cualquiera de las partes, aunque dada la supuesta debilidad del franquiciado es respecto de éste frente a quien se invoca con mayor énfasis por la doctrina italiana.

²⁰⁶ Algún autor señala que lo que procede en este caso es la determinación judicial del preaviso estimable, atendiendo a criterios tales como la duración del contrato hasta el momento, el porcentaje del volumen de ventas del distribuidor respecto del total de los productos en cuestión, la complejidad de la organización y la dificultad de encontrar otro distribuidor equivalente, así como otras circunstancias coyunturales, *vid.* Cocuzza, C. "Italy", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of*

Sorprendentemente para el principio general del Derecho italiano señalado, de resolución *ad nutum* de las relaciones indefinidas, con el preaviso o indemnización sustitutoria en su caso, la jurisprudencia italiana ha ordenado la consecución del contrato por un periodo de diez meses de una relación de franquicia industrial, estipulada a tiempo indeterminado, respecto de la cual el franquiciador había puesto fin con un preaviso de tres meses²⁰⁷. Solución fuertemente criticada por la doctrina del país. Como ésta señala, el prolongamiento del contrato *ex lege* sólo está previsto respecto de algunas relaciones a tiempo determinado cuando el que lo resuelve no ha respetado el término previsto²⁰⁸.

Respecto de los contratos de duración determinada, afirmada la ausencia de derecho a renovación, la doctrina italiana entiende particularmente aplicable el principio de buena fe en la ejecución contractual respecto de la no-renovación del contrato de franquicia por el franquiciador sin motivo justificado, sólo con la intención de perjudicar.

Tal consideración parte de la experiencia extranjera, particularmente de la *good cause* del derecho americano y de la institución del abuso de derecho en el ordenamiento francés, y toma en consideración la inversión del franquiciado, la eventual

the European Union, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, p. 419.

²⁰⁷ Pretura di Roma, Ordenanza 11 de junio de 1984, *Giurisprudenza italiana*, diciembre 1985, sesión II, col. 710.

²⁰⁸ Como es el caso del art. 1750 C.civ. respecto del contrato de agencia. *Vid.* la dura crítica vertida por la doctrina *ad exemplum* en Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, *op.cit.*, p. 139, n.p. 28; Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, *op.cit.*, p. 188 y s., o en Frignani, A. *Il contratto di franchising*, *op. cit.*, p. 185 y ss.

nueva clientela adquirida y la legítima expectativa de la continuidad del negocio²⁰⁹.

La concreta aplicación del art. 1375 C. civ. a la cuestión deberá actuarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso sin que en ningún caso, pueda interpretarse como un reconocimiento de un derecho del franquiciado a la renovación del contrato. Como consecuencia, la única sanción posible ante su inobservancia es la correspondiente indemnización de daños y perjuicios²¹⁰.

En el contexto de la ruptura abusiva del contrato, la doctrina italiana se ha planteado la incidencia en el contrato de franquicia del art. 9.1 de la ley de 18 de junio de 1998 sobre el suministro en la actividad productiva²¹¹. En éste se entiende que existe "abuso de dependencia económica... en la interrupción arbitraria de la relación comercial". La consecuencia es la nulidad del pacto en virtud del cual se realiza tal abuso. Si bien, la sanción descrita es

²⁰⁹ Principio de buena fe contractual recogido en el art. 1375 del Código civil italiano: "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*", y señalado por la doctrina respecto de la conducta debida en este caso al franquiciador. *Vid.* Frignani, Aldo *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, Turín: G. Giappichelli Editore, 1991, p. 289 y este mismo autor en "Termination of franchise and distribution agreements in Italy", *op.cit.*, p. 68.; Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, *op.cit.*, p. 139 y s. *Vid.* también Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, *op.cit.*, p. 156.

²¹⁰ La libre determinación de la voluntad de las partes, por cuanto al franquiciador se refiere, podrá atemperarse en virtud del principio de buena fe, pero no podrá ser nunca totalmente eludida. *Vid.* Frignani, A. *Il contratto di franchising*, *op. cit.*, p. 184.

²¹¹ A pesar de estar incluida en el ámbito de las leyes sobre suministro, la norma presenta una formulación tal por la cual su ámbito de aplicación puede extenderse a todas las relaciones contractuales entre empresas, como si se tratase de un nuevo principio general. *Vid.* Frignani, A. *Il contratto di franchising*, *op. cit.*, p. 192; también es partidario de su aplicación a la franquicia, Zuddas, G. *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, *op.cit.*, pp. 327 y ss..

en la práctica inaplicable respecto del supuesto indicado, puesto que la nulidad sólo se predica cuando existe pacto pero no conducta unilateral, como es de suponer es el caso de interrupción arbitraria de la relación comercial. Así que, o coincide con otro supuesto de los indicados en la norma que conduce al mismo resultado o queda en la práctica reducida la sanción que pueda derivarse de la extinción unilateral del contrato, al eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que se hayan producido. Por otra parte, tampoco cabe pensar que la norma introduce un baremo que exige la justificación de la causa extintiva para dar por válida la terminación del contrato de franquicia, de duración determinada, o indeterminada, so pena de entrar plenamente en consideraciones de derecho del trabajo, donde sólo por motivos justificados se puede interrumpir las relaciones laborales por cuenta ajena.

Como consecuencia, la doctrina cuestiona su virtualidad respecto de la no-renovación del contrato a su término, entendido el término "relación" en su significado económico-comercial y no el sentido preciso técnico jurídico²¹².

A.2. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso en Francia.

La obligación de preavisar rige igualmente en los contratos de franquicia de duración indeterminada en Francia en virtud de una normativa insita en el Código de comercio, y que se sitúa en el ámbito de la defensa de la competencia y de la competencia

²¹² Frignani, A. *Il contratto di franchising, op. cit.*, p. 196 y s. A favor de su aplicabilidad en este supuesto G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive*, Milán: Giuffrè Editore, 1999, pp. 130 y s., cit. en en Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato, op.cit.*, p. 125, np. 59.

desleal²¹³. De producirse su ausencia por aquél que rompe el contrato, ya sea franquiciador o franquiciado, se produce un daño que debe indemnizarse²¹⁴.

En el Derecho francés se considera abusiva la terminación en el caso de que el contrato de duración determinada sea unilateralmente roto antes de su término, o siendo éste de duración indeterminada, su resolución no haya ido precedida de preaviso adecuado en ausencia de un incumplimiento que la fundamente o en el caso de fuerza mayor²¹⁵. Igualmente se

²¹³ La infracción de tales preceptos se configuran dentro del ámbito de la competencia desleal, básicamente configurada para regular las relaciones entre particulares, cuya competencia corresponde a los tribunales civiles o comerciales (si bien con una amplísima legitimación activa en virtud del art. L 442-6 III del Código de comercio francés. *Vid.* www.legifrance.gouv.fr). Al tiempo, se ha mantenido la prohibición de esta conducta como práctica anticompetitiva junto con el abuso de una posición de dominio, ex. art. L 420-2 del mismo cuerpo legal. Esta dualidad ha sido adoptada con un criterio discutible en la reforma de nuestro Derecho de la competencia y de la competencia desleal, operado en por Ley 52/1999, *infra cit.*, y que reforma el art. 16 LCD y el art. 6 LDC, que comentaremos *infra*.

²¹⁴ *Vid.* Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage*, *op.cit.*, 1990, p. 95 y ss.

²¹⁵ Según el art. L. 442-6, I, 5º del Código de comercio (*Ley nº 2001-420 del 15 de mayo de 2001, art. 56 Diario Oficial del 16 de mayo de 2001 y Ley nº 2003-7, de 3 de enero de 2003, art. 50 II Diario Oficial de 4 de enero de 2003*), aplicable a toda forma de ruptura brutal de todo tipo de relaciones comerciales, según ha indicado la Cour de cassation, com. 23 abril 2003, en *Recueil Dalloz*, 2003, núm. 35, p. 2433, comentario de D. Ferrier. En virtud de tal disposición, "*Comprometerá la responsabilidad de su autor y le obligará a reparar el daño causado, todo productor, comerciante, industrial o artesano, por el hecho: - Romper bruscamente, incluso parcialmente, una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio para acuerdos interprofesionales. Cuando la relación comercial corresponda a la provisión de productos bajo marca de distribuidor, la duración máxima del aviso previo será doble de la que sería aplicable si el producto no fuera suministrado bajo la marca del distribuidor. A falta de dichos acuerdos, mediante órdenes del Ministro de Economía se podrá determinar, para cada categoría de productos y teniendo en cuenta los usos y costumbres del comercio, un plazo mínimo de aviso previo y establecer las condiciones de*

considera abusiva la obtención, incluso la mera amenaza que intenta obtener bajo coacción de romper total o parcialmente las relaciones comerciales, de precios, plazos de pago, condiciones de venta o de cooperación comercial manifiestamente contrarios a las condiciones generales de venta²¹⁶. En tal caso la carga de la prueba recaerá en el concesionario/franquiciado²¹⁷ dando lugar, si acreditado el abuso, a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios²¹⁸. No existe abuso de Derecho ante la simple no-renovación del contrato de franquicia si éste es de duración determinada, habida cuenta que es el mismo tenor literal del acuerdo donde consta el fin del contrato²¹⁹.

ruptura de las relaciones comerciales, sobre todo en función de su duración. Las disposiciones precedentes no obstaculizarán la facultad de rescisión sin previo aviso en caso de que la otra parte no ejecutase sus obligaciones o en caso de fuerza mayor". La ruptura brutal de las relaciones comerciales es condenable en sí misma, como ha indicado la Cour de cassation, com. 3 diciembre 2002, en Recueil Dalloz, 2003, núm. 35, p. 2432.

²¹⁶ Según el art. L. 442-6, I, 4º del Código de comercio (*Ley nº 2001-420 del 15 de mayo de 2001, art. 56 Diario Oficial del 16 de mayo de 2001 y Ley nº 2003-7, de 3 de enero de 2003, art. 50 II Diario Oficial de 4 de enero de 2003*).

²¹⁷ Éste es el caso, *v.gr.*, de la sentencia francesa Cass. Com. 5 de julio de 1994, cit. en *La Semaine Juridique (entreprise et affaires)*, 1995, p. 22, donde, el franquiciado pretendía que el franquiciador pagara indemnización por abuso en la ruptura del contrato de duración determinada, alegando que éste, antes de rescindir el contrato, le pidió realizara importantes inversiones. Intento infructuoso puesto que parece que el franquiciado se expuso espontáneamente a tales fuertes inversiones. Semejante situación, con resultado igualmente negativo a los intereses del franquiciado, se ha producido en la Sentencia de la C. París, 5 Ch. B, de 6 de marzo de 1987, *Gazette du Palais*, sept.- oct. 1987.

²¹⁸ Resarcimiento por lucro cesante concretado *v.gr.* en C. Cass. Com. 20 enero 1987 núm. 85 12.201, en la pérdida derivada del no-cumplimiento de sus cuotas de ventas. *Vid.* Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *Journal of International Franchising & Distribution Law*, vol. 7 núm. 3, 1993, pp. 110 y s.

²¹⁹ *Vid.* Com. 5 de julio de 1994, *supra cit.*; y en Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, p. 100 y s. y (Le) Tourneau, Ph. *Les contrats de franchisage*, París: Litec, 2003, p. 272 y s.. Estableciendo una excepción a tal aseveración, algún autor reconoce un derecho

A.3. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso en Alemania.

El Derecho alemán, por su parte, no tiene recogido el supuesto del preaviso para la terminación ordinaria de la franquicia, o las condiciones para considerar abusiva su terminación, de forma que podrían serle de aplicación las disposiciones propias de contratos tales como el contrato de arrendamiento de inmuebles, el de arrendamiento de servicios o incluso el de sociedad²²⁰. A su vez, cabría también referenciar esta cuestión desde el Derecho de la competencia, si bien, en la práctica esta opción ha demostrado ser de escasa viabilidad²²¹.

de indemnización por ruptura abusiva en aquél contrato de duración determinada no renovado, si el principal indujo al distribuidor/franquiciador a creer que sí se procedería a la renovación. Vid. Gunter, J.-P, "France", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, p. 255. Esta posición nos parece que sólo encontraría cobertura en el Derecho español en la doctrina de los actos propios o "*venire contra factum proprio, non valet*", según la cual nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz y contraria a la buena fe. Pero no debe olvidarse tampoco, que la regla fundamental de que "nadie puede venir contra sus propios actos", no es absoluta y no debe ser aplicada en forma rígida, ni antisocial y que, por otra parte, de forma dudosa cabría entender como jurídicamente relevante la mera inducción del franquiciador al franquiciado sobre la continuidad del contrato. Debería otorgarse una reflexión más favorable al reconocimiento de tal principio indemnizatorio si aquél hubiese "obligado" o recomendado fehacientemente a éste la realización de nuevas y sustanciales inversiones sobre la base de la continuidad del negocio.

²²⁰ Vid. arts. 564. 2, 620.2, 723.1.1 BGB en <http://dejure.org/gesetze/BGB>

²²¹ La referencia aplicable es el art. 20.2 GWB: "Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung: ... (2) Absatz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Es wird vermutet, daß ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des

Frente a estas opciones, la doctrina alemana ha preferido por razón de identidad acudir a las disposiciones protectoras específicas de los contratos de distribución sobre la base de la fuerte ligazón de las relaciones de cooperación de los distribuidores con los intereses de la central, como es el caso del franquiciado respecto del franquiciador y que determina una fuerte dependencia de este último²²². Así, el ánimo tuitivo del art. 89 HGB, que permite

Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden." Esta norma protege a la empresa dependiente por razones de organización de la empresa, respecto de aquella *fuerte* (empresas con posición de dominio, asociaciones de empresas, empresas con precios obligatorios y empresas con poder relativo de mercado), frente a actos discriminatorios que aquella pueda sufrir y sus consecuencias. En su virtud, y sobre la base de la dependencia de un distribuidor respecto de su fabricante (en virtud de un contrato de larga duración y por la orientación unívoca de su actividad), la rescisión o no renovación del contrato, de no estar justificada, podría sancionarse por los tribunales civiles. Esta vía, que ha sido explotada respecto de los concesionarios, ha demostrado no ser viable por la dificultad de prueba del requisito de su dependencia, siempre y cuando se respete el plazo de preaviso previsto en el contrato. *Vid.* Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 168-174.

²²² *Vid.* el art. 89 HGB. En su virtud, la duración del preaviso que se ha de conceder ha de ser proporcional al tiempo de vigencia del contrato que se extingue: si el contrato tiene una duración de un año, el preaviso no puede ser inferior a un mes, si dos años, el preaviso será al menos de dos meses y si el contrato tiene una duración de tres a cinco años, la proporcionalidad exige un aviso previo de tres meses; por último, en el caso de una mayor duración supondrá un preaviso de seis meses. En el ámbito jurisprudencial encontramos referencias a la aplicación analógica de la normativa de los agentes a la franquicia y, particularmente, con referencia al art. 89 HGB. *Vid.*, *v.gr.* BGH, Sentencia de 17 de julio de 2002 - VIII ZR 59/01, *Betriebs-Berater*, núm. 40, 2002, pp. 2036-2039; y BGH, Sentencia de 12 de noviembre de 1986 -I ZR 209/84 (fuente: www.rws-verlag.de). Analogía señalada también en la doctrina respecto de la llamada franquicia de subordinación, *vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op.cit.*, pp. 120-123. Para M. Martinek, las condiciones de la aplicación analógica se cumplen perfectamente respecto de esta modalidad de franquicia (integración en la organización comercial, obligación de promoción de

al agente reorientar su actividad tras la cesación del contrato, con la misma o mayor vigencia cabe predicarlo respecto del contrato de franquicia, donde el franquiciado ha visto tras la cesación del contrato truncadas sus operaciones comerciales²²³. Disposiciones semejantes no han encontrado una respuesta clara, sin embargo, en su aplicación analógica por la doctrina austríaca, sin que la jurisprudencia del país parezca preocuparse por la cuestión²²⁴.

Tal disposición, en cualquier caso, puede ser alterada por acuerdo entre las partes. Así, éstas pueden modificar, alargándolo, tanto el plazo de preaviso como el de término del contrato²²⁵. También pueden acordar un plazo de preaviso actuante respecto del franquiciador, que nunca podrá ser inferior al acordado respecto del franquiciado, ya que de otro modo se le aplicará el plazo acordado respecto de éste²²⁶. Por último, tales plazos y

las ventas mientras perdure el interés y según las instrucciones dadas y continuidad en la actividad relativa a la clientela), *vid. idem*, pp. 155 y ss.

²²³ Fto. Dcho. 2º.1.aa) de la Sentencia BGH de 17 de julio de 2002 - VIII ZR 59/01, *cit.*

²²⁴ El tenor literal del art. 21 de la Ley de Contrato de Agencia Austríaca (§ 21 VertrG. *Vid.* www.wko.at/direkt/dt/handelsvertg.htm. *En su virtud, si el contrato tiene una duración de un año, el preaviso será de un mes, si dos años, dos meses; si tres, tres meses; si cuatro, cuatro meses; si cinco, cinco meses; y si seis o más supondrá un preaviso de seis meses...*) es prácticamente idéntico al art. 89 HGB alemán, por lo que el contraste con el decidido apoyo alemán a la asimilación del contrato de franquicia, como el resto de contratos de distribución, respecto del de agencia, a estos efectos, aún contrasta más con las dudas de la doctrina y la ausencia de pronunciamiento de la jurisprudencia del país, como consigna Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising*, Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1999, pp. 108 y ss. Como plantea este autor, si bien es implanteable la aplicación analógica de la normativa del contrato de agencia a la franquicia en su conjunto, puesto que el franquiciado no es agente, resta sin resolver si algunas de sus disposiciones, como la *supra* escrita, son aplicables analógicamente.

²²⁵ *Vid.* Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, pp. 136.

²²⁶ Art. 89.2 HGB.

disposiciones, referidas al contrato de duración determinada, resultan igualmente aplicables cuando éste es de duración indeterminada²²⁷.

Una parte de la doctrina teutona ha reclamado una ampliación de los plazos de preaviso consignados para el contrato de agencia y, por ende, para el de franquicia, al considerar que son demasiado cortos para el objeto de la norma: la amortización de las inversiones efectuadas por el agente / franquiciado²²⁸.

A su vez, resultan de aplicación, en cuanto que el art. 89 HGB lo permite, los arts. 675²²⁹, 620.2 y 621²³⁰ BGB²³¹.

Menos clara es la cuestión de si en la resolución "extraordinaria" del contrato prevista en el Derecho alemán con

²²⁷ Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts*, Schriftenreihe für Internationales Recht, vol. 88, Basilea: Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 144 y ss.

²²⁸ Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, op.cit, p. 148.

²²⁹ Aplicable a la terminación del contrato de servicio de gestión (*Geschäftsbesorgungsvertrag*).

²³⁰ Artículos relativos a la terminación del contrato de arrendamiento de servicios.

²³¹ En cuanto que la "teleología" del art. 89 HGB lo permita, en expresión de M. Martinek vid. Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, op.cit., p. 122. En contra de la aplicación de los arts. 620 y 621 BGB al preaviso o plazo de resolución, vid. Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, op.cit, p. 100. Este autor recoge una posición infrecuente en la doctrina teutona que se muestra partidaria de la aplicación por analogía del art. 624 BGB, relativo al preaviso estimable en la resolución de contratos de arrendamiento de servicios cuya duración es superior a cinco años, sobre la base de la aplicación jurisprudencial del mismo a los contratos de distribución de gasolina; vid, op.cit. , pp 106-116. Sobre la misma teoría también encontramos un comentario en Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, op.cit., pp. 143 y s., cuya aplicación es criticada por impracticable, tanto por el objeto de la norma, como por el fin tuitivo concreto que ésta persigue.

origen en una "causa justificada"²³² debe otorgarse un plazo de preaviso²³³.

A.4. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso en Suiza.

La doctrina suiza, por su parte, ha centrado este momento traumático del contrato, y las situaciones patológicas que en él desembocan, con arreglo a los principios de buena fe y de equidad. En defecto de pacto, respecto de la franquicia de duración indeterminada, se ha propuesto la solución otorgada en el Código mercantil a las sociedades simples y/o del arrendamiento de bienes²³⁴. En su virtud, la resolución *ad nutum* debe ir precedida por un preaviso de 6 meses en un marco general de la buena fe²³⁵, con independencia de la duración efectiva que hasta ese momento haya tenido el contrato; plazo que se estima adecuado en función

²³² El término original es "aus wichtigem Grunde", interpretado por la jurisprudencia; así, *v.gr.*, BGH, Sentencia de 16 de febrero de 2000 - VIII ZR 134/99, www.rws-verlag.de.

²³³ Art. 89 a HGB. Si bien hay autores y cierta jurisprudencia que postulan a favor de un preaviso de 2 meses sobre la base de la confianza debida entre las partes en la ejecución, y por tanto en la terminación del contrato, tal postura dista de ser pacífica. Así, se acepta la resolución sin preaviso del franquiciador en el caso de demora en el pago debido por el franquiciado y otros incumplimientos contractuales con base en el art. 89 a HGB, en KG Berlín, Sentencia de 21 de noviembre de 1997 - 5 U 5398/1997, *Betriebs-Berater*, vol. 12, 1998, pp. 607-609. Cuestión, en cualquier caso, planteada respecto del contrato de agencia, pero no definida respecto de la franquicia. *Vid.* Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, pp. 129 y ss.

²³⁴ Arts. 546 y 296 *Code des obligations suisse*, respectivamente.

²³⁵ Según el aptdo. 2 del citado precepto, la buena fe supone la no-denuncia en "tiempo inoportuno"; así, si las cuentas son por un año, la disolución no puede pedirse más que al fin del ejercicio anual. *Vid.* Engel, P. y Thévenaz, A. "Présentation générale des contrats de distribution", en *Les contrats de distribution. Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, p. 89.

de las inversiones específicas que el franquiciado debe abordar y que no son "reconvertibles"²³⁶.

La concesión u observancia de la notificación de la resolución pretendida se entiende siempre a salvo de aquellos actos y omisiones de una parte cuya gravedad no justifique según el principio de buena fe objetiva la continuidad del contrato y la oportuna cesación inmediata del mismo²³⁷, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que la parte lesionada pueda reclamar.

La situación contemplada como abuso del derecho de resolución anticipada²³⁸, habida cuenta que no se exige en el Derecho suizo causa justificativa, resta sólo para el caso de que poco tiempo antes el franquiciador haya exigido al franquiciado la realización de fuertes inversiones en vistas a una relación duradera²³⁹. En conjunto, señala la doctrina que han de cumplirse las siguientes condiciones para considerar impropia la resolución

²³⁶ Lo que no obsta a que se haya estimado por algún autor la posibilidad de pactar un plazo más corto al entender que tal normativa no es de orden público. *Vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 434 y s.

²³⁷ Expresión de la buena fe objetiva establecido en el art. 2.B.1 del Code civil suisse, en virtud del cual "*Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*". *Vid.* www.admin.ch/ch/f/rs/210/a2.html

²³⁸ La institución del abuso de derecho se funda en el mismo principio de buena fe objetiva del art. 2 *Code civil supra* mencionado.

²³⁹ Algún autor más que conceptualizar la acción como abuso de derecho, la situa en el marco de la responsabilidad de aquél que indujo a realizar las inversiones. Según la opinión expresada, nos situaríamos fuera de responsabilidad contractual, puesto que el hecho generador de la responsabilidad no deriva del contrato, y la encuadraríamos en la extracontractual por la confianza creada en el franquiciado contraria a la buena fe. *Vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 435 y ss. La inducción creada por el franquiciador para que el franquiciado invierta en las mejoras que se requiera pueden expresarse respecto de una futura continuidad aún no operante, pero

del contrato: 1. El franquiciador ha creado en el franquiciado una sensación de confianza; 2. Éste ha realizado inversiones por él motivadas; 3. Tales inversiones son irreversibles y le suponen una pérdida al carecer de otra utilidad ajena a la franquicia y, 4. La confianza del franquiciado en el franquiciador es digna de protección²⁴⁰.

A.5. La renovación del contrato de franquicia y la concesión del preaviso en Bélgica.

Belgica es el único país de nuestro entorno con una normativa sustantiva específica relativa a la terminación del contrato, si bien de concesión, cuya aplicación a la franquicia ha sido discutida por doctrina y jurisprudencia²⁴¹.

claramente se sitúa dentro de una perspectiva contractual, con lo que sin más consideraciones esta disquisición nos parece poco operativa.

²⁴⁰ Wildhaber, C. *Franchising im Internationalen Privatrecht, op.cit.*, pp. 105 y s. Este mismo autor considera como elemento de juicio para valorar la pertinencia de la resolución, el principio reconocido en Derecho suizo de "prohibición de la completa disparidad de intereses", según el cual, por ejemplo, se conmina a desalojar a unos inquilinos enfermos el último día en vigor del contrato de arrendamiento, aunque el piso no lo necesita el dueño arrendador. Traspasado a la relación de franquicia, supondría estimar como impropia la resolución cuando la existencia "económica" del franquiciado queda duramente amenazada siendo que, si ésta no se produjera, el franquiciador tendría igualmente garantizados intereses equivalentes a los pretendidos con la ruptura del contrato. *Vid.* Wildhaber, C. *op.cit.*, pp. 106-109. Ésta construcción es interesante como criterio tuitivo del franquiciado, pero carece de virtualidad en nuestro sistema de Derecho que no reconoce tal principio ni mecanismos semejantes aplicados al campo de las relaciones comerciales. Su virtualidad queda, de esta forma, reducido a lo que podría ser en una reflexión que compete al legislador ante la elaboración de una norma sobre la materia.

²⁴¹ *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961 (*Journal des Tribunaux* (JT), 1993, pp. 349 - 356). El texto puede cotejarse en versión semioficial coordinada, de 1 de enero de 1989, en lengua alemana, tal como fue modificado por Ley de abril 13 de 1971, y publicado en *MONITEUR BELGE - BELGISCH STAATSBLAD* el 9 de diciembre de 1999, pp. 45896 y s., a su vez obtenible en red, en la página web

Según dicha Ley, la finalización del contrato de duración determinada debe estar precedida por preaviso de entre tres y seis meses, enviado por correo certificado²⁴². De no observarse tal previsión, se entiende que las partes acuerdan tácitamente la renovación del contrato por el tiempo previsto en la cláusula de renovación del mismo, o de otra forma, con carácter indefinido²⁴³.

Además, tal acuerdo por tiempo determinado se considera celebrado por tiempo indefinido si es renovado por tercera vez entre las mismas partes, ya sea expresa o tácitamente, con independencia de si se modificaron o no las cláusulas del acuerdo, y siempre que cada prórroga haya sido consentida por las partes²⁴⁴.

Por último, recoge la Ley belga una indemnización a favor del distribuidor-franquiciado en una relación de duración indeterminada, cuando ésta finalizó bruscamente y el motivo es otro que el incumplimiento de éste o tiene su origen en la infracción grave del principal²⁴⁵. Tal concepto resarcitorio incluye tres elementos:

1. La plusvalía producida por el incremento sustancial de la clientela debida a la actividad del distribuidor-franquiciado que, tras la finalización del contrato, queda ligada al principal,

www.juridat.be/cgi_tit/titf.pl. Las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, las veremos en el apartado relativo a la resolución unilateral del contrato. A este momento aplazamos también el análisis del preaviso con relación a la ruptura del contrato de duración indeterminada.

²⁴² Art. 3.bis. 1. de la Ley belga *cit.*

²⁴³ Bogaert, G.; De Keersmaecker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, p. 131.

²⁴⁴ Art. 3.bis. 2. de la Ley belga *cit.*

²⁴⁵ Art. 3 de la Ley belga *cit.*

2. Los gastos en los que éste ha incurrido en la puesta en marcha y la ejecución del negocio y,
3. Las indemnizaciones debidas al personal que debe despedirse como consecuencia de la terminación del contrato.

Los conceptos comprendidos son de tal forma exhaustivos que queda excluida toda otra indemnización por cualquier otra razón (como es el caso de los daños morales)²⁴⁶.

La jurisprudencia belga, por su parte, en alguna ocasión ha dictaminado que el rechazo de concluir o prolongar un contrato de franquicia puede constituir un abuso de derecho; si bien, no con base en la normativa precitada, sino en el Código Deontológico de la Federación Europea de la Franquicia, según el que las relaciones contractuales han de conducirse entre las partes de manera equitativa y leal, según lo que se deriva la obligación de ejecutar los acuerdos de buena fe²⁴⁷.

Respecto del preaviso que dicha jurisprudencia estima necesario para resolver el contrato de duración indefinida, una sentencia del Tribunal de comercio de Charleroi, de 22 septiembre 1999, afirmó que el preaviso razonable debe corresponder a la duración necesaria para que el concesionario, extensible al franquiciado, acceda a una nueva concesión/franquicia en la que obtenga ventajas equivalentes y teniendo en cuenta, además: la parte de la concesión/franquicia en las actividades globales del

²⁴⁶ Bogaert, G.; De Keersmaecker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", *op.cit.*, pp. 136.

²⁴⁷ Fallo del Juez de Paz del Primer Cantón de Gand, de 19 diciembre 1997; dicha decisión también encuentra justificación en una Ordenanza del Tribunal de Comercio de Hasselt de 24 de septiembre de 1997 fallada en el mismo sentido. Ambas decisiones son reproducidas y comentadas en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, Colección "Les Dossiers du Journal des Tribunaux", Bruselas: Larcier, 2001, p. 40 y 37, respectivamente.

concesionario/franquiciado, la importancia de la cifra de negocio y de los resultados, la extensión del territorio concedido, la notoriedad y la naturaleza de los productos concedidos. El Tribunal tuvo en cuenta el interés común del concedente y del concesionario con el fin de evitar la prolongación del periodo transitorio de preaviso más tiempo que el estrictamente necesario²⁴⁸.

B. LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LA CONCESIÓN DEL PREAVISO. PLANTEAMIENTO Y NOTAS DEL DERECHO ESPAÑOL.

Como ya hemos indicado con carácter genérico en una afirmación válida en cualquier caso para el Derecho español, la terminación del contrato de franquicia se produce naturalmente por el transcurso del tiempo previsto en el mismo, actualización de una previsión aceptada por ambas partes y que es expresión de la autonomía de la voluntad indicada en el art. 1255 C.c. Por lo tanto, llegado este momento, un franquiciado no tiene derecho a la prórroga o la renovación de su contrato de duración determinada en ausencia de cláusulas previstas al efecto que así lo prevean, sin que sea necesario tener que motivar el franquiciador la decisión de no continuar con aquél, aunque lo más frecuente es establecer los mecanismos para permitir su continuidad²⁴⁹. Lógicamente, no será preciso efectuar ninguna comunicación si la terminación coincide con la conclusión del plazo²⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto que las relaciones obligatorias sometidas a un término final pueden ser prorrogadas siempre que las partes lo consientan, lo frecuente es que se prevea la

²⁴⁸ Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, op.cit., p. 108.

²⁴⁹ Vid. Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, op.cit., p. 100; Hernando Giménez, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, op.cit, p. 397.

²⁵⁰ , Aguiló Piña, J. "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", op.cit., p. 4820.

posibilidad de prórroga sobre la base de una duración inicial, o tras las sucesivas extensiones pactadas de su duración. Ésta deberá tener lugar de la forma que las mismas hayan previsto. La práctica usual es convenir que, una vez llegado el término, el plazo se entenderá prorrogado siempre que una de las partes no haya comunicado su voluntad contraria con una antelación asimismo acordada que, normalmente, oscila entre tres y seis meses anteriores al final del plazo inicial o de una de las prórrogas²⁵¹.

Por otra parte, como toda comunicación negocial entre las partes y con mayor fundamento cabe afirmar respecto del preaviso que indica la mayor modificación posible del contrato, que es su extinción, éste debe ser vehiculizado de forma que conste fehacientemente la voluntad de no renovar con la antelación prevista, dado su carácter recepticio²⁵², siendo instrumentalizado según las partes tengan por costumbre o según los usos comerciales.

En este momento del contrato, y ante la amenaza de su no – renovación, extienden su eficacia de forma directa las previsiones idénticas contenidas en el art. 16.3.b) LCD y en el art. 6.2.g) LDC, cuyo articulado sanciona la ruptura de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor en sentido amplio. En cualquier caso, su aplicabilidad

²⁵¹ Aguiló Piña, J. F. "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 4821.

²⁵² STS núm. 826/1996, de 21 octubre, -RJ 1996/7234-. Sobre la necesidad de que sea por escrito, preciso, y aunque no se diga expresamente, conocido por la contraparte, también se expresa el art. 16.3.b) LCD y el 6.2.f) LDC, aplicables a las situaciones de explotación de la dependencia económica entre empresas, y sobre cuya aplicación al caso concreto de la franquicia nos extenderemos en el apartado relativo a las condiciones de admisibilidad del desestimiento unilateral como forma de extinción del contrato.

al contrato de franquicia no permite atribuir a dicha normativa una solución definitiva frente a la ruptura abusiva del contrato por el franquiciador, sino sólo ante determinadas condiciones. Cuestiones todas las cuales desarrollaremos en el epígrafe correspondiente²⁵³.

Lo que resta dudoso es qué consecuencia atribuir si, vencido el contrato, las partes continúan su relación negocial. Al respecto podemos encontrar un referente en la cautela como la contenida en el art. 24.2 L.C.A. (sin que implique necesariamente su aplicación analógica) según la cual si se continúa tácitamente en la ejecución de las prestaciones respectivas después de transcurrido el tiempo previsto, se entenderán transformados en contratos de duración indefinida. En su virtud, se equipara el tratamiento otorgado al agente, sujeto de Derecho mercantil, al que el Estatuto de los Trabajadores recoge para los trabajadores dependientes por cuenta ajena, acercando por lo tanto en este punto su estatuto jurídico al del homólogo de Derecho laboral del representante de comercio.

Pues bien, más allá de la extensión al franquiciado del estatuto jurídico del agente, que no es necesario²⁵⁴, en la

²⁵³ Cuestión que por razones de sistema volveremos más tarde, en el apartado 4º de la parte II, referido a las condiciones de admisibilidad del desestimiento unilateral como forma de extinción del contrato.

²⁵⁴ Cuya aplicación no ofrece ninguna duda para M.A. Domínguez García, para el que es extensiva a la franquicia la aplicación del art. 24.2 LCA, de forma que se ha de entender transformado por tácita reconducción el contrato a tiempo indefinido si llegado el término final convencional ambas partes continúan ejecutando las prestaciones propias del negocio; excepto en los supuestos de cláusulas contractuales de prórroga o de renovación, expresas o tácitas, con duración determinada prevista siempre que éstas no sean de ejercicio unilateral exclusivo por alguna de las partes, *vid.* Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", en *Contratos mercantiles*, A. Bercovitz (director), Cap. III-V, p. 324. *Vid.* una extensa exposición sobre las diferentes posturas a favor y en contra de tal opinión en Gallego Sánchez, E., *La Franquicia, op.cit.*, pp. 102 y ss. La transformación del contrato mediante prórroga tácita tras su expiración por el plazo convenido en contrato de duración indeterminada es asumida por algún autor como concreción de un principio general. Así, *vid.* Cherpillod, I. "La fin des

aceptación de tal reconducción tácita será definitiva la actitud de las partes, en cuanto que manifestación de sus intenciones reales de proseguir o no con el negocio franquiciado²⁵⁵.

Distinto a la prórroga es la renovación del contrato. En el primer caso supone continuar con el mismo contenido obligacional, mientras que en el segundo supuesto éste se ve modificado cuando al primero le ha llegado el momento del vencimiento²⁵⁶. Puesto que la renovación supone que no estaba prevista la prórroga, sitúa al franquiciado en una situación más débil frente al franquiciador, que tiene en su mano otorgar o no un nuevo acuerdo con el franquiciado. Su continuidad dependerá siempre de que éste haya cumplido en la forma prevista sus obligaciones y, en ciertas ocasiones, de que acepte formar parte del acuerdo de franquicia vigente al momento de la renovación; en este caso, aunque no se

contrats de distribution", en Les contrats de distribution. Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, p. 431. Curiosamente, el Derecho suizo en el que el autor se funda relativo al contrato de agencia -art. 418 p. 2. Code des obligations-, lo considera renovado por el mismo tiempo que el inicial, ya sea un año o más, pero no establece su conversión en indefinido como la LCA española. A su vez, aunque considera dicha regla como concreción de una regla general, no obstante predica su extensión analógica respecto del contrato de concesión, pero no así respecto del de franquicia, vid., op.cit., p. 432.

²⁵⁵ Para indagar lo verdaderamente querido por los contratantes más allá de la extinción pactada del contrato, habrá que acudir a sus actos coetáneos y posteriores conforme dispone el artículo 1282 del Código Civil, y si del examen de estos se colige claramente que desean continuar con su vigencia, pues continúan con la actividad normal que de él se desprende, nada obsta a entender que el contrato es prorrogado tácitamente por las partes, incluso aunque con posterioridad una de ellas quisiese hacer valer su extinción. Éste fue el caso en un contrato de distribución, cuyo fallo indica lo afirmado, vid. la SAP Málaga núm. 737/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244258-, al afirmar que se entiende que el contrato ha sido prorrogado tácitamente si, tras su expiración, las partes continúan en sus relaciones comerciales, y así durante el tiempo durante en el que no muestren voluntad en contrario.

²⁵⁶ Hernando Giménez, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, op.cit, pp. 400 y s.

vea obligado a pagar un nuevo canon de entrada, sí que supondrá un ámbito obligacional completamente distinto²⁵⁷.

Muy semejante a este cambio obligacional en el tránsito a la renovación de la relación de franquicia, es la situación producida por el cambio de condiciones, normalmente tarifarias, respecto del consumidor y del precio que por este motivo el franquiciado ha de pagar al franquiciador, que este último suele introducir en un momento concreto de la vida del contrato. En este caso, dependerá de la interpretación del juez *a quo* determinar el alcance de la variación del nuevo acuerdo de franquicia respecto de los contratantes que, o bien puede entenderse como novación extintiva, y como tal el franquiciado puede alegar una situación semejante a la resolución unilateral de la relación; o bien entender que pueden ser modificados el objeto y las condiciones principales sin que por ello se produzca la novación extintiva, en cuyo caso se evita la pérdida de garantías que por permanecer idénticas no pueden producir perjuicio alguno en el patrimonio de los afectados por ello. Novación contractual, ya extintiva, ya modificativa o impropia, en ambos casos se requiere el *animus novandi*, que requiere ser declarado expresamente y con tal claridad por los contratantes, que no sea necesario presumir la existencia de esa intención²⁵⁸.

²⁵⁷ Unidroit, *Guide to Internacional Master Franchise Arrangements*, *op.cit.*, p. 49.

²⁵⁸ Cuestiones planteadas en un caso litigioso con base en un contrato de franquicia, concretamente en el Fto. Dcho. 3º SAP Barcelona, de 2 de abril de 2003, -JUR 2003/245415-. Con relación a la novación, y la interpretación que de ésta hace nuestro Tribunal Supremo, *vid.* STS de 23 de mayo de 1980.-RJ 1980/1960-. *Vid.* también SSTs, entre otras, de 9 abril 1957 (1957/2498), 27 mayo y 3 octubre 1959 (1959/2471 y 1959/3653), 11 febrero 1965 (1965/585), 22 enero y 27 junio 1970 (1970/250 y 1970/3760), y 26 enero 1976 (1976/30)-. Si bien, la novación no extintiva de la relación primigenia es calificada como novación impropia. STS de 1 de diciembre 1989, -RJ 1989/8786-. Véase el comentario de la novación en Santos Briz, J. "De la novación", en *Comentario del*

Por lo tanto, aunque aparentemente en ambos casos nos encontramos con modificaciones de las condiciones principales de la franquicia, la diferencia es sustancial en el planteamiento y en la solución que se plantea si éstas se aportan en un acuerdo de renovación de la franquicia cuyas condiciones iniciales han mutado parcialmente, en cuyo caso podemos hablar de un contrato *ex novo* por lo que, salvo compromiso anterior y firme, no se genera responsabilidad por los eventuales perjuicios que al franquiciado pueden derivarse del cambio propuesto²⁵⁹; o si tales modificaciones son introducidas durante la vigencia del contrato, donde indudablemente se requiere el consuno del franquiciado afectado por las mismas²⁶⁰, en cuyo caso, de no existir, nos encontraríamos ante un supuesto claro de incumplimiento contractual del franquiciador²⁶¹.

Código Civil, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), vol. 6, Barcelona: Bosch, 2000, p. 422-443.

²⁵⁹ Recordamos en esta sede a la SAP Barcelona núm. 442/2004, de 6 de octubre -JUR 2004/308378-, cuyo fallo admitía que en la continuación de las concretas relaciones contractuales litigiosas de franquicia pudiera exigirse la formalización de un nuevo contrato con condiciones pactadas libremente entre las partes.

²⁶⁰ Este acuerdo puede darse en el contrato "base" o inicial de franquicia, según el cual, el franquiciado asume aceptar las condiciones particulares y tarifas que, en función de determinados parámetros lógicos (condiciones comerciales generales) como la cifra de ventas obtenida, se librasen por el franquiciador para cada ejercicio anual (condiciones particulares o presupuesto), verdadera novación modificativa, no extintiva. Situación revalidada por la SAP Madrid, de 10 julio 2000, -JUR 2000/262050-, que confirma la Sentencia de instancia, condenando al franquiciado por incumplimiento al negarse a suscribir tales condiciones particulares, y que no acepta el incumplimiento del franquiciador relativo al suministro por éste debido alegado *ex art. 1124 C.c*, porque la parte contratante que lo invoca, el franquiciado, no cumplió con las suyas.

²⁶¹ Consecuencia que los franquiciadores no ignoran, y razón por la cual, en el caso de no-aceptación de tales condiciones novedosas por el franquiciado, resuelven el contrato alegando incumplimientos por diversas razones del concesionario de la red díscolo. Artificio desmontado en alguna ocasión por los tribunales, resultando paradigmático el caso de Retevisión Móviles, S.A. en

Barcelona. *Vid.* la SAP Barcelona de 13 febrero 2004, -JUR 2004/92693-, la SAP Barcelona núm. 700/2003, de 28 de octubre, -JUR 2003/260027-, y la SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*.

2. La terminación del contrato de franquicia y mecanismos de salvaguardia de los intereses del franquiciado en cuanto que contratante más débil.

Introducir elementos de valoración tuitivos en el contrato de franquicia no es pacífico, habida cuenta que el franquiciado, parte sobre la que la protección mediante diversas técnicas jurídicas se plantea, no es "consumidor", "asegurado" ni "trabajador", categorías personales sobre las que indudablemente existe tal régimen a escala nacional e internacional de forma indubitada. Es un empresario independiente que acuerda libremente entrar en una relación estipulada con otro comerciante²⁶².

Las distintas posiciones al respecto valoran de desigual manera la desigual correlación de fuerzas de los contratantes, normalmente desnivelado a favor del franquiciador, y la naturaleza adhesiva del contrato²⁶³. Sobre esta base, según iremos

²⁶² Por esta razón la doctrina ha insistido en que no es conveniente admitir a priori que el franquiciador es la parte fuerte de la relación; más bien, conviene examinar concretamente la posición recíproca de las partes, se entiende en cada relación individualmente considerada, la inejecución alegada en su caso y los efectos derivados sobre la situación del otro. *Vid.* Engel, P. y Thévenaz, A. "Présentation générale des contrats de distribution", *op.cit.*, p. 90.

²⁶³ Muy descriptiva al respecto es la explicación de esta desigualdad de las partes, valorada por E. Gallego. Básicamente se manifiesta en dos momentos, el primero previo a la contratación, donde el eventual franquiciado, regularmente "novato" en experiencia comercial, suele estar dispuesto a entrar en una cadena ya establecida con éxito y, por esto mismo, es más proclive a creer ofertas incompletas y capciosas en las que se sobrevalora la rentabilidad de la franquicia propuesta. El segundo momento, es en el de la conclusión del contrato, particularmente por su naturaleza adhesiva; aquí, nuevamente, interesado tal franquiciado en entrar a formar parte de la cadena, su autonomía de la voluntad queda acotada a la posibilidad de adherirse o rehusar, lo que implica una fuente de riesgo. *Vid.* Gallego Sánchez, E. *La franquicia*, *op.cit.*, pp. 86-95 y 99 y ss. A partir de este momento, tras la conclusión del contrato y a falta de norma tutelar específica, el tratar con un contrato de adhesión plantea un problema de legitimidad en la atribución de las cargas de terminación y sobre su propia realización, como señala Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, *op.cit.*, p. 425. Este último autor ha tratado profusamente las imbricaciones de la terminación contractual y

desarrollando, existe no sólo una notable disparidad doctrinal, sino una muy diferente praxis legislativa y jurisprudencial.

Con carácter general, la posición favorable a la protección del franquiciado/distribuidor, en cuanto que parte débil en la relación negocial, ha sido defendida siempre que exista una desigualdad manifiesta de poder económico entre los dos contratantes. Éste se traduce en un desequilibrio paralelo en las obligaciones contractuales recíprocas, donde el juez debe entrar a reequilibrar el contenido el contrato compensando mediante la oportuna indemnización de daños y perjuicios el tiempo que ha faltado para que el franquiciado / distribuidor amortice sus inversiones, siempre que el franquiciador las haya impuesto o consentido. O bien, reajustará en virtud del mecanismo indemnizatorio el desequilibrio producido tras la expiración del contrato por el hecho de ser el franquiciador / concedente el que perciba por completo los frutos de la explotación de la franquicia, al retener el fondo de comercio, mientras que el franquiciado/concesionario debe contemplar su pérdida en virtud del doble efecto de la pérdida de los signos comerciales y de la probable cláusula de no-competencia postcontractual²⁶⁴. Se trataría, respecto de esta última defensa del franquiciado, de proteger su misma existencia económica²⁶⁵.

la tutela de los contratantes en el contrato de franquicia, siguiendo el modelo americano, el continental, particularmente el alemán y, posteriormente en el ámbito español. *Vid.*, Echebarría Sáñez, J., *op.cit.*, cap. V., en las pp. 425-576.

²⁶⁴ En la doctrina española, defiende la posición de proteger al franquiciado tanto en cuanto a la duración del contrato como en el momento de su extinción, si bien dentro de los márgenes indicados por ciertas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, así Cardelús i Gassiot, L. *El contrato de franchising*, *op.cit.*, pp. 117-130. Asimismo, ha sido defendida y expuesta ampliamente en el ámbito doctrinal por Chazal, J-P., "La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 207-214; y, éste mismo autor en "Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants: les contrats de distribution et la détermination du prix", *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 4, 27 enero 1999, pp. 220-225. En la

jurisprudencia española sobre contratos de distribución, apenas encontramos eco de esta posición tan marcadamente tuitiva, que no funde los elementos correctores de la desigualdad en otros parámetros más objetivables como el enriquecimiento injusto o el abuso de Derecho. Éste es el caso de la SAP Valencia, núm. 530/1997 de 30 mayo -AC 1997/1145-, que acepta la indemnización de daños y perjuicios pretendida por el comisionista a pesar de la existencia de una cláusula contractual de renuncia de cualquier tipo de indemnización por vencimiento o resolución contractual. Entiende el Tribunal que tal cláusula no ha de aceptarse plenamente: 1. porque se trata de un contrato de adhesión; 2. porque supone un desequilibrio que sólo puede ser corregido a través de la interpretación armónica de otras cláusulas. Si bien corregir un abuso de la posición dominante del contratante que ostenta tal posición es un fin loable, la argumentación aportada nos resulta extraña a nuestros conceptos jurídicos, además de que la naturaleza adhesiva del contrato o el desequilibrio contractual no es sancionable, puesto que se deriva de una mera posición en el mercado, sino el abuso o el aprovechamiento injustificado derivado de tal posición, en condiciones semejantes a las que subyacen en el sistema de defensa de la competencia. A su vez, en la STS núm. 360/2000, de 26 de abril -RJ 2002/5244-, si bien adopta tal postura, las matizaciones aportadas la acercan notablemente a las condiciones asumidas generalmente en nuestro sistema jurídico en la concesión de indemnización de daños y perjuicios; *vid.* el argumento adoptado en su Fto. Dcho. 10º según el que "*Con una finalidad tuitiva de la parte más débil de la negociación, lo que ha podido llevar a soluciones objetivadas para resolver el problema de los daños y perjuicios que puede generar la libre resolución unilateral, llega a admitirse la compensación indemnizatoria por el sólo hecho de la resolución por la concedente, siempre que no haya habido un incumplimiento claro y patente por parte del concesionario, lo que obliga a analizar las circunstancias que en cada caso se produce el fenómeno extintivo para determinar si la revocación se muestra abusiva o si por el contrario se ajusta a lo prevenido en el contrato obedeciendo a justa causa (citando en su apoyo, a su vez, las SSTs de 15 octubre 1992 -RJ 1992/7823-, de 24 mayo 1993, de 16 octubre de 1995, de 15 noviembre y de 31 diciembre de 1997).*"

²⁶⁵ Y no sólo se trataría de proteger tal existencia económica, puesta en entredicho en virtud de la prohibición postcontractual de competencia, extinguida la fuente de ingresos del franquiciado y, aún más, probablemente lesionado éste en su reputación como comerciante, sino también se trataría de proteger las inversiones por éste realizadas y de aprovechar el eventual oportunismo del franquiciador que, sobre la base del gran esfuerzo inversor del franquiciado sienta la tentación de ir apretando paulatinamente las condiciones del franquiciado que, temeroso de perder el fruto de tales esfuerzos, tenderá a ir plegándose a sus pretensiones; *vid.* Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, p. 65 y ss.

Con carácter genérico igualmente, las posiciones contrarias arguyen, entre otras razones, que la posición desventajosa del franquiciado no siempre hace honor a la realidad y, cuando existe, no basta *per se* a justificar la distorsión en el proceso negocial. En el conflicto entre empresarios de diversa entidad, la "mística" del contrayente más débil no hace buena justicia, ni buena política del Derecho; tal concepción no contempla, infravalora, los elementos de ventaja existentes a favor del franquiciado, el más importante de los cuales es el que conoce "su propia área", conoce su mercado, con lo que la clave de la penetración de un producto o servicio de marca se deba esencialmente a la fe inspirada por el distribuidor, a su competencia profesional, a su dinamismo comercial. Conforme a estas premisas, no cabe postular posición de inferioridad²⁶⁶.

Aún aceptando tales presupuestos, en el común de la praxis legislativa y judicial se acepta con distinto alcance la disposición de previsiones que eviten rupturas abusivas o denegaciones de renovación especialmente gravosas y/o planteamientos que establecen las consecuencias frente al enriquecimiento injusto de una de las partes y frente a las cláusulas abusivas con las que el concedente puede gravar al franquiciado/concesionario.

Situados en otro momento del contrato, la protección al franquiciado no sólo se ha proyectado tras la firma del acuerdo negocial, sino que genuinamente, cronológicamente anterior en el tiempo, ésta ha establecido las cautelas oportunas para que se comprometiese con conocimiento pleno de causa.

²⁶⁶ Mezran, K., *Il contratto di Franchising, op.cit.*, p.134 y ss., el cual cita, a su vez, a diversos autores italianos. Esta normativa tuitiva reguladora del contrato de franquicia, ha sido calificada como auténtico "campo de minas" para el franquiciador en sus relaciones comerciales y respecto de su política de expansión, así *vid.* Pitegoff, T. M. "Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisors", *The Business Lawyer*, vol. 45, 1989, pp. 289-331.

Con arreglo a este planteamiento, es frecuente en el Derecho comparado encontrar disposiciones que regulan la información precontractual que obligatoriamente el franquiciador ha de suministrar a aquél que desea incorporarse a la red como franquiciado con la antelación debida a la firma del contrato, y en virtud de la cual se pretende paliar la desigual correlación de fuerzas entre ambos contratantes, propiciando que la parte considerada débil posea una información suficiente con relación a la red de franquicia a la que opta por incorporarse²⁶⁷,

²⁶⁷ A nivel internacional existe un número apreciable de países que se han ocupado legislativamente del contrato de franquicia, incidiendo sistemáticamente en el aspecto de la información precontractual que el franquiciador ha de propiciar al franquiciado, las cuales hacen referencias incidentales a las cuestiones relativas a la extinción del contrato y sus consecuencias, así como a las posibilidades de su cesión, renovación y otros puntos conexos de los que nos venimos ocupando. Legislación que, en algunos casos, también regula la relación sustantiva entre las partes, y particularmente estos últimos puntos mencionados. Véase transcripción de tal normativa en VV.AA., "International Laws and Regulations", en *CCH Business Franchise Guide*, Philip F. Zeidman (*consulting editor*), CCH, 2003, pp. 9801 y ss., con referencia a las leyes de Australia, Brasil, Canadá (Alberta, Ontario y Québec), China, Indonesia, Japón, Kazakhsán, Korea, Malasia, Méjico, Rumanía, Rusia y Venezuela, además de la de EEUU y de los países europeos de nuestro entorno, y sobre los que nos extenderemos más abajo. Como indicamos en la introducción de la tesis, por razones de semejanza y de cercanía, circunscribimos el estudio de la regulación internacional sobre la franquicia en el punto concreto tratado, a Francia e Italia y, por razones de "peso" internacional, a las leyes de USA. Más extensamente, tales legislaciones son comentadas en diversos artículos, entre los que citamos ejemplificativamente: Con relación al impacto de la modificación legislativa del Código civil de Québec -Canadá- en la franquicia, *vid.* Florián, B. y Gauthier, A.-M., *Franchising and the Civil Code of Quebec*, en www.lapros.qc.ca/frana/civilcode.html; Florián, B. "The impact of the Civil Code of Quebec on franchising", en *JIFDL*, vol. 9, núm. 4, 1995, pp. 124-128; y un caso "práctico" explicitando las consecuencias de tal regulación y de otros Estados canadienses, en Polsky, L.H. "Issues and Risks Stemming From Termination of Master Franchise Agreements in Canada", en *IJFDL*, vol. 1, núm. 3, 1999, pp. 247-254. Brevemente, de la reforma emprendida de tal cuerpo legal, en sus arts. 6, 7 y el 1375, los tribunales de Québec han derivado la obligación recayente *en cada parte*, por lo tanto también en el franquiciado, de suministrar a la otra aquella información que sea considerada capital para la

especialmente teniendo en cuenta que se trata de un contrato de adhesión y/o con fuertes condiciones generales de la contratación impuestas por el franquiciador²⁶⁸.

Con relación a esta última consideración, sistematizan, dan unidad y tratamiento específico a una protección que, de forma genérica, y especialmente en los sistemas de Derecho civil o continental, queda contemplada en otras instituciones jurídicas, como es el caso de la normativa que regula las condiciones generales de la contratación, o de forma aún más general, las

transacción que se contemple. Relativo a las reformas emprendidas en algunos países asiáticos, *vid.*, con carácter general en un sumario de los países implicados, Rudnick, P. "FranCasts: Asia: A Whole New Ball Game", en www.piperrudnick.com/publications; específico de algunos de éstos, Brennan M.G. "Internacional Franchise Laws: South Korea Enacts Franchise Disclosure and Relationship Law", en *FranCast*, 13 enero 2003, p. 1 y ss.; y Parker, R. P. y Chen, J.C. "Terminating franchise or distribution agreements in Taiwan", *JIFDL*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 71-74. Noticia y breve comentario de la modificación de la normativa australiana, puede verse en Zeidman, P.F.; Brennan, M.G.; Siemsen, J.P. "Australia Amends Franchising Code", en *FranCast*, 16 julio 2001, y un comentario de su aplicación judicial en un caso concreto calificado como el más extenso, certero y de análisis más comprensivo de las relaciones de franquicia nunca realizado por los tribunales australianos, específicamente en cuanto a la extinción del contrato se refiere, *vid.* en Ward, P. "Good Faith in Franchising", *IJFDL*, vol. 3, núm. 2, 2001, pp. 137-159. Con antelación a la normativa actualmente en vigor, de 28 junio 2001, los litigios relativos a la extinción del contrato de franquicia y sus consecuencias, derivado de cuestiones tales como la propiedad del "goodwill", han sido muy numerosos en Australia según relaciona Davis-Coates, R.A. "Goodwill and the termination or expiry of franchise agreements", *JIFDL*, vol. 7, núm. 4, 1993, pp. 150-154. Por último, *vid.* asimismo Terry, H. "Franchise Sector Regulation: The Australian Experience", Ponencia presentada en la Conferencia EMNet de "*Economics and Management of Franchising Networks*", en Viena del 26 al 28 de junio de 2003, www.univie.ac.at/EMNET.

²⁶⁸ Wang, M. "Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie", en E.A. Kramer (coord.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berna: Paul Haupt Bern, 1992, p. 358-363; Wildhaber, Ch. *Franchising im Internationalen Privatrecht*, *op.cit.*, p. 200 y ss.

disposiciones civiles que regulan las consecuencias de los vicios del consentimiento en la formación del contrato²⁶⁹.

Con arreglo a estos dos ejes indicados, haremos una exposición de la normativa que regula la información precontractual de obligada transmisión, señalando su incidencia respecto de la extinción del contrato, y posteriormente entraremos a valorar la normativa sustantiva de carácter tuitivo del franquiciado y referida al momento extintivo que nos ocupa.

A. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL DEL FRANQUICIADO RELATIVA A LA DURACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO.

La obligación de suministrar con carácter previo a la firma del contrato cierta información relevante relativa a la franquicia, tuvo su origen frente a los abusos reiterados que, especialmente en Estados Unidos, han sufrido numerosos empresarios al contratar con franquiciadores sin experiencia avalada del éxito del negocio y, en general, con mala fe. Son conocidas tales disposiciones por su expresión anglosajona de *disclosure acts*.

²⁶⁹ Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, op.cit., p. 21. Que este tipo de leyes que sistematizan un deber de información precontractual de alguna forma recogen o compendian una obligación tácita que se contiene genéricamente en el sistema jurídico del país considerado, es ejemplo la construcción que los autores teutones han hecho para justificar tal obligación ante la ausencia de normativa específica. Así, en virtud del tracto sucesivo de las relaciones de franquicia y de la intensiva cooperación de los contratantes que implica, con un especial componente fiduciario, en el estadio precontractual, las partes negociantes están obligadas a suministrar, antes de la conclusión del contrato, aquella información veraz relevante sobre el negocio; de lo contrario, incurren en *culpa in contrahendo*, sancionada en el art. 826 BGB con la reparación del daño causado (§ 826: *Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*). Vid., Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, op.cit., pp. 128 y ss., y autores citadas, especialmente en n.p. 567.

Estas leyes de "revelación o descubrimiento" de la franquicia, normalmente requieren el registro de la misma, a veces también del franquiciador, y el uso de un manual explicativo para hacer operativa su comercialización.

En determinados casos la administración estatal tiene autoridad para denegar o suspender el registro (vg. si se carece de recursos suficientes para implementar un sistema de franquicia); para requerir a los franquiciadores el aplazamiento de las tasas iniciales o periódicas al franquiciado en tanto en cuanto aquél no haya cumplido sus obligaciones en la transmisión y apertura del negocio del último; y para prohibir publicidad errónea o engañosa en función de posibles futuros franquiciados²⁷⁰.

En cuanto al objeto de nuestra atención, uno de los puntos sistemáticamente contemplados en dichas regulaciones es aquél que determina la duración del contrato de franquicia y otras cuestiones conexas, tales como las condiciones de renovación, de resolución, de cesión, etc. En este punto valoraremos las concretas disposiciones que se ocupan de la cuestión, con una sistemática meramente descriptiva y sin ahondar en el alcance de la misma por situarse en un momento de la perfección del contrato ajeno a nuestro interés, con el objeto final de apreciar la incidencia real de la misma en la protección del franquiciado en el momento de la terminación del contrato.

²⁷⁰ Rudnick, L.G. "Introduction to Franchising", en *International Franchising-An Overview*, M. Mendelshon (editor), Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991, p. 49.

A.1. Información precontractual de protección al franquiciado en algunos sistemas del Derecho europeo comparado.

En Europa, hasta fechas muy recientes en las que se ha incorporado España, el único país con legislación referente a la franquicia no perteneciente al Derecho de la competencia era Francia. Ésta, igual que en el caso norteamericano, nació con el objetivo de evitar ciertas prácticas comerciales fraudulentas o desleales en perjuicio del contratante negocialmente débil, dentro de una tipología en la cual se inscribe el contrato de franquicia²⁷¹.

En este caso, la sistemática es ciertamente parca y clara, contrastando con la prolijidad del articulado de los textos sobre la franquicia en EEUU. Así, nos encontramos ante un solo precepto, el art. 1 de la Ley núm. 89-1008 de 31 de diciembre de 1989, conocida como "*Loi Doubin*"²⁷², escasamente desarrollado en el Decreto núm. 91-337, de 4 de abril de 1991²⁷³.

²⁷¹ La ley francesa que establece el requisito precontractual de comunicación de determinados aspectos empresariales no es específica de la franquicia, sino que ésta se inscribe en un marco más amplio de contratos de empresa, principalmente de distribución y de licencia.

²⁷² *Loi n° 89-1008, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*. Publicada en el J.O. de 2 de enero de 1990, p. 53, y reproducida íntegramente en UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 8, Roma: UNIDROIT, 1994, p. 121. Disposición, por su parte, no aplicable únicamente al contrato de franquicia, dada la amplitud de los términos que recoge que permite la inclusión de "contratos vecinos", como las oportunidades de negocio y que, además, no pretende regir el contrato de franquicia, sino sólo la información precontractual que con su ocasión procede, tal y como señala Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, op.cit., p. 127.

²⁷³ *Décret n° 91-337 portant application de l'article premier de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989*. Publicado en el J.O. de 6 de abril de 1991, p. 4644, rectificación en J.O. de 4 mayo de 1991, p. 5983. Reproducido íntegramente en

Según el art. 1 de la *Loi Doubin*,

“Toute personne qui met à la disposition d’une autre personne un nom commercial, una marque ou une enseigne, en exigeant d’elle un engagement d’exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l’exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l’intérêt commun des deux parties de fournir à l’autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s’engager en connaissance de cause.”

Por lo tanto, toda empresa (franquiciadora) que ceda a otra (franquiciada) la utilización de su denominación comercial o la marca registrada, exigiendo de ella la explotación bajo un régimen de exclusividad territorial, está obligada con carácter previo a la firma del contrato (de franquicia), a ofrecer una detallada información de forma que éste se celebre con conocimiento de causa. Esta declaración abarca una serie de aspectos negociales de la compañía franquiciadora, entre los que se encuentra la duración del contrato de franquicia, las condiciones de renovación, de resolución y de cesión del mismo²⁷⁴.

Las empresas que no cumplan estas obligaciones como mínimo 20 días antes de la firma del contrato por ambas partes, podrán ser demandadas judicialmente²⁷⁵. Las sanciones previstas

UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 8, *op.cit.*, p. 121.

²⁷⁴ Es de destacar las ventajas para los franquiciadores de los requisitos exigidos respecto de lo establecido en la normativa americana. En la ley francesa, la información es descrita de forma más amplia e imprecisa, no está sujeta a control administrativo y sólo debe darse al posible franquiciado con el que se esté negociando. *Vid. Zeidman, P.F., Loweinger, A.P., Madden, R., Zaid, F., Abelman, F.M. "Pre-sale franchise disclosure: a review and comparison of disclosure requirements in France, the United States and Canada", JIFDL, vol.7, núm.1, 1993, p. 21-36.*

²⁷⁵ Art. 2 *Décret n° 91-337 cit. Vid. texto comentado en Comisión de las Comunidades Europeas (Dón. Gnal. XIII), Contratos de franquicia en la Comunidad Europea, op.cit., p. 23.*

son de carácter penal, según las cuantías que en cada caso se establezcan por las contravenciones que el sistema penal galo cataloga de quinta clase, y suponen el pago de una multa cuya cuantía se duplica en la hipótesis de una recidiva. Menos claro resta las consecuencias civiles atribuibles a tal infracción²⁷⁶.

Italia recientemente se ha sumado a este tipo de iniciativas legales, en virtud de la "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale"²⁷⁷, si bien su objeto es más amplio que la regulación

²⁷⁶ Art. 2 *Décret n° 91-337 cit.*. Por su parte, nada dice la ley sobre las sanciones civiles y la doctrina francesa discrepa sobre las mismas. *Vid.* discusión doctrinal en Kenfack, H. *La franchise internationale, op.cit.*, p. 445-447, que opta por considerar la nulidad civil de contrato. A su vez, para Bensoussan, H. *Le Droit de la Franchise, op.cit.*, p. 57 y ss., con apoyo en la jurisprudencia francesa, admite el razonamiento favorable a la nulidad en cuanto tal desinformación producida por el incumplimiento del franquiciador, haya producido un vicio en el consentimiento. Aboga, en cualquier caso, por la nulidad «relativa», en cuanto se protegen intereses privados; en virtud de la misma, la víctima de la causa de nulidad puede elegir entre la anulación o la validación del acto, con un plazo de prescripción para ejercitar tal opción de cinco años. Un resumen de la jurisprudencia francesa indicada, respecto de las consecuencias civiles atribuibles a la no-comunicación debida en virtud de la *Loi Doubin* puede cotejarse en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000, op.cit.*, p. 27 y ss.

²⁷⁷ Ley de 6 de mayo de 2004, núm. 129, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, núm. 120 del 24 de mayo, y que entró en vigor el 25 de mayo 2004. Comentario de la misma aún no se encuentran por su novedad, pero sí cuando ésta se hallaba en fase de proyecto; así, *vid.* Ascitti, F. "Le Proposte di Regolamentazione a livello nazionale e il disegno di Legge approvato al Senato", en *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Roma: FIF/UNIDROIT, 2001, pp. 101-104. En cuanto a la única asociación de franquiciados existente en España a nivel global, es decir, que no se limita sólo a una enseña, la AEDEF, esta ley ha sido acogida con cierta expectación respecto de un conjunto de soluciones que consideran bien trazadas de defensa del franquiciado, y que se desearía que fuese tomada como modelo por las "autoridades españolas". De esta forma, como afirmó su presidente, Federico Zwanck, en la página web de la entidad el pasado julio del 2004, en comentario titulado: *Italia 1-España 0*, "... el gobierno italiano ha considerado necesario promulgar una nueva ley, ya aprobada, **para defender los derechos de los franquiciados en Italia**. Esta ley recoge todos los aspectos del contrato que AEDEF ha solicitado reiteradamente a través de los medios de

de las informaciones que deben darse antes de la firma del contrato. Respecto de esta concreta cuestión, el franquiciador debe con al menos 30 días de antelación a la conclusión del mismo, ceder al franquiciado copia completa del contrato²⁷⁸. Contrato, que ha de ser obligatoriamente por escrito²⁷⁹ y entre cuyo contenido ha de contemplar, entre otros extremos, las condiciones de renovación, resolución o eventual cesión del mismo contrato²⁸⁰. Aunque nada se dice de la duración del contrato como parte de imprescindible mención, genéricamente se establece la obligación de garantizar una duración mínima para que puedan amortizarse las inversiones que, en cualquier caso, y con la única excepción del incumplimiento del franquiciado, no puede ser inferior a tres años²⁸¹.

Una de las previsiones más novedosas contempladas en la ley italiana es la obligación del franquiciado, que se hace derivar de la buena fe contractual y de la lealtad y confianza mutua, de proveer al franquiciador todas aquellas informaciones y datos cuyo conocimiento resulte necesario y oportuno al fin de la estipulación del contrato de franquicia, aunque no haya sido expresamente reclamado por el franquiciador. Es la primera normativa de la que

comunicación y ante las entidades públicas, hasta ahora sin ningún éxito. Hemos escuchado argumentos de todo tipo , que una regulación podría coartar la libertad empresarial o que ya estaba recogida con garantías en nuestro sistema de origen Continental que es diferente del anglosajón. No nos parece que el gobierno Italiano pueda ser tachado de antiempresarial sino todo lo contrario y por supuesto su legislación es muy similar a la nuestra". Una breve exposición sobre la misma norma, se encuentra en la página web de la AEDEF, a cargo de Juan Ramón Montero, Jefe de los servicios jurídicos de AEDEF en la misma sección de opinión; Vid. www.aedef.com/aedefOpi01fin.asp?ref=NOT21986&tip=3&mat=15

²⁷⁸ Art. 4 "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

²⁷⁹ Art. 3.1. "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

²⁸⁰ Art. 3 4. g) "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

²⁸¹ Art. 3. 3. "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

tenemos noticia que exige un deber de información precontractual vinculante para el franquiciado, lo cual parece oportuno habida cuenta del carácter fiduciario de la relación.

Si una de las partes ha suministrado informaciones falsas, la otra parte puede pedir la anulación del contrato en virtud del art. 1439 del Código civil italiano, así como la indemnización de daños y perjuicios que en su caso proceda²⁸².

A.2. Información precontractual de protección al franquiciado en EEUU.

Los EEUU es el país que más ampliamente se ha ocupado del fenómeno de la franquicia y, en gran parte, con el objetivo sustancial de proteger al franquiciado. Principalmente, la normativa se dirige a la erradicación del fraude en la captación de posibles franquiciados y a evitar la transmisión o concesión de negocios "vacíos", carentes de rentabilidad o ésta de muy difícil consecución. Las vías de lograrlo son diversas, y se proyectan sobre todas las etapas negociales: la preliminar o precontrato, durante todo el tiempo de duración de la relación obligatoria, y ante su rescisión o terminación.

La vía tuitiva principal, y sobre la que más prolijamente se ha ocupado la legislación estadounidense, es la exigencia de una información suficiente y veraz de la persona y negocio del franquiciador, que los potenciales franquiciados pueden conocer mediante documentos estándares cuyos formularios constan en las leyes al uso.

²⁸² Art. 8 "*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*".

En concreto, tales medidas han sido adoptadas directamente en 15 Estados federales²⁸³, de los cuales en trece se requiere además el trámite burocrático del registro o autorización administrativa, previo a la conclusión del negocio de franquicia. Las materias sobre las cuales existe esta compulsión de comunicación puede variar, pero siguen en lo fundamental la línea de lo que se requiere por la *Federal Trade Commission* (*vid. infra*)²⁸⁴.

Todo este entramado normativo estatal se conjuga con lo previsto a nivel federal, conformando lo que los americanos llaman un *patchwork* (mosaico, masa confusa) de unas 100 leyes específicamente aplicables²⁸⁵.

Centrándonos en la médula del sistema americano, patrón del resto de disposiciones, a nivel federal la primera y más importante ley sobre la franquicia es la llamada "*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*", adoptada por la *United States Federal Trade Commission* en 1979²⁸⁶, y cuya reforma ha sido planteada recientemente en el seno de la misma *FTC*²⁸⁷.

²⁸³ California, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Hawai, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Nueva York, Oregón, Rhode Island, Virginia, Washington y Wisconsin. *Vid. UNIDROIT, Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 2, Roma: UNIDROIT, 1988, p. 23, np. 16. *Vid. asimismo* relación y valoración relativa contenida en el Informe del GAO (United States General Accounting Office), de julio del 2001 sobre la aplicación de la FTC Rule (dicho informe fue emitido a petición de los Senadores Thad Cochran, Susan Collins y Charles Grassley). *Vid. texto en www.gao.gov/new.items/d01776.pdf* Desde ahora nos referiremos a él como *GAO-01-776 FTC's Enforcement of the Franchise Rule*.

²⁸⁴ UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 6, Roma: UNIDROIT, 1993, p. 10.

²⁸⁵ Rudnick, L.G. "Introduction to Franchising", *op.cit.*, p. 49.

²⁸⁶ *Code of Federal Regulations, Title 16, Chapter I, Subchapter D, Part 436* (16 CFR 436), promulgada el 21 de diciembre de 1978, efectiva desde el 21 de octubre de 1979, fecha de efectividad extendida desde el 21 de julio de 1979,

La *FTC Rule* requiere a los franquiciadores que proporcionen a los posibles franquiciados en los 50 Estados, un documento detallado de "descubrimiento" de la franquicia y con copias de los acuerdos propuestos y de los contratos a éstos convoyados, durante la fase precontractual²⁸⁸. Tal documento contiene 20 categorías de información que se puede dividir en dos bloques:

1. El franquiciador. De éste deberán indicarse una serie de datos tales como el lugar donde radica su sede, el nombre comercial y la marca con la que opera; sus directivos y ejecutivos, y la experiencia que poseen desde los 5 años anteriores; o su historial de quiebras y litigios, entre otras referencias.

2. Sobre el negocio franquiciado. Al respecto, deberán constar reseñas sobre el canon de entrada y las tasas periódicas; obligaciones de compra o *leasing* para el franquiciado; suministros que deben comprarse; financiación; personal requerido; disposiciones acerca de la terminación, cancelación y renovación

44 *Federal Register* 31170, de 31 de mayo de 1979. Transcrita en UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 4 (Colección de materiales relativos a la franquicia), Roma: UNIDROIT, 1992, p. 41-51. Versión revisada del texto del *U.S. Government Printing Office* via *GPO Access* a enero del 2002 puede cotejarse en http://www.access.gpo.gov/nara/cfr/waisidx_02/16cfr436_02.html. En adelante haremos referencia a ella como *FTC Rule*. La forma legal de citación e indicación de su articulado es: (16 *CFR* art. 436).

²⁸⁷ El 25 de agosto de 2004, la *FTC* publicó un largo informe en el que proponía recomendaciones conducentes a la reforma de la *Rule*, habida cuenta que tal disposición no ha sido modificada desde que devino efectiva. Los cambios propuestos afectan tanto la forma como el contenido de los documentos de información precontractual facilitados a los franquiciados en ciernes, así como a los procedimientos en virtud de los cuales la entrega de la información confidencial tiene lugar. *Vid.* un comentario de los mismos en Tifford, J.M. "FTC Publishes Staff Report on Proposed Franchise Rule Amendments", *Piper Rudnick FranCast*, 30 de agosto 2004, en www.envoynews.com/piperrudnick/index000060063.cfm.

²⁸⁸ El texto dice literalmente: "at the earlier of the time for making of disclosures, or the first personal meeting". (16 *CFR* art. 436.1.a).

del contrato; número de franquiciados existentes; instrucción; selección del lugar adecuado, etc²⁸⁹.

Una alternativa que tiene el franquiciador para proveer este extracto de los pormenores relevantes de la franquicia, es seguir la *Uniform Franchise Offering Circular (UFOC)*. Este marco ha sido adoptado en el seno de la *North American Securities Administrators Association*²⁹⁰, y su uso ha sido aceptado, con algunas pequeñas modificaciones, en todos los Estados que regulan la oferta y la venta de franquicias mediante registro y/o documento explicativo²⁹¹. El formato de la circular de la *FTC Rule* y de la *UFOC* es básicamente el mismo, permitiéndose en la *FTC Rule* la utilización del documento de la *UFOC*²⁹².

²⁸⁹ Loewinger, A.P., Bownstein, Zeidman y Schomer "United States", *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, recopilado por el Comité de Franquicia, Sección de Derecho de defensa la competencia de la American Bar Association, editor: Ph. F. Zeidman, Chicago: ABA, 1989, p. 2.

²⁹⁰ En la explicación oficial que de la misma organización se da en su página web, se nos indica que "*Organized in 1919, the North American Securities Administrators Association (NASAA) is the oldest international organization devoted to investor protection. We are a voluntary association whose membership consists of 66 state, provincial, and territorial securities administrators in the 50 states, the District of Columbia, Puerto Rico, Canada, and Mexico. In the United States, NASAA is the voice of the 50 state securities agencies responsible for efficient capital formation and grass-roots investor protection*". Vid. www.nasaa.org

²⁹¹ Zeidman, P. F. "Franchising Regulation in the U.S.A.. Implications for International Franchising", en *International Franchising-An Overview*, M. Mendelshon (edit.), Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991, p. 132.

²⁹² La última revisión de la Circular fue aprobada por la NASAA el 25 de abril de 1993. El texto completo se encuentra en UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 8, *op.cit.*, p. 56-102.

A.3. La protección precontractual del futuro franquiciado en los códigos deontológicos de franquicia.

Los códigos deontológicos elaborados en el seno de las asociaciones de franquiciadores establecen con carácter general que los futuros/posibles franquiciados deben ser detalladamente informados acerca del negocio que pretenden concluir, pero no se suele especificar los extremos que cubre esta obligación²⁹³, así como tampoco la forma de realizarse ni las consecuencias de su incumplimiento. En su análisis, nos detendremos en el aplicable a España, por añadidura aplicable igualmente en el seno de otras asociaciones nacionales de franquiciadores del resto de Europa; también veremos el propuesto por cierta asociación norteamericana en la materia por su influencia a escala mundial.

El Código Europeo de la Franquicia (CEF), en vigor en España para los miembros de la AEF²⁹⁴, recoge con una dicción ciertamente

²⁹³ UNIDROIT, *Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional*, Doc. 7, Roma: UNIDROIT, 1994, p. 7.

²⁹⁴ El vigente Código Europeo de la Franquicia (en adelante CEF) entró en vigor el 1 de enero de 1991. *Vid. www.franquiciadores.com/legislacion.asp?mn=legislacion*. Como su Preámbulo indica, es de obligado cumplimiento para todas las federaciones que integran la Federación Europea de la Franquicia. Citamos el texto por su interés: "El Código Deontológico es el resultado de la experiencia y el trabajo de la E.F.F. (Federación Europea de la Franquicia) y de sus miembros (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal y RFA) de acuerdo con la Comisión de la Comunidad Europea. Reemplaza, anticipándose al Mercado Unico, al anterior Código Europeo de Deontología de la Franquicia y a todos los Códigos Deontológicos Nacionales y regionales existentes actualmente en Europa. Por el solo hecho de su adhesión a la E.F.F., sus miembros acatan el Código y se comprometen a no modificarlo ni enmendarlo de ninguna forma. De todas formas, se reconoce que ciertas necesidades nacionales requieren cláusulas específicas, que no deben estar en contradicción con el Código Europeo y se anexarán al mismo. No se requiere ninguna autorización de la E.F.F. para la inclusión de dichas cláusulas. Igualmente, cada miembro de la E.F.F., en el momento de su adhesión, se compromete a hacer respetar el Código de

amplia e imprecisa, la obligación recayente en los franquiciadores de proveer a los futuros franquiciados individuales una copia del Código, así como también información escrita completa y exacta de todos los puntos importantes de la relación de franquicia, dentro de un plazo razonable con anterioridad a la firma de dicho documento²⁹⁵. Habida cuenta que el Código relaciona las cláusulas que deben mencionarse relativas al contenido esencial del contrato, debe entenderse que tal información también integra la información precontractual transmitida, en la que viene recogida aquellas previsiones incidentes de forma directa en la duración del contrato, su extinción y las consecuencias que de ésta se derivan²⁹⁶.

El objetivo básico es que los eventuales franquiciados no firmen cualquier documento que les comprometa sin antes tener un pleno conocimiento de causa, con una idéntica pretensión a la normativa estatal de información precontractual. Con este fin, igualmente, se exige que en la captación de posibles franquiciados individuales la publicidad esté libre de ambigüedad y de manifestaciones engañosas. Todo material de captación, propaganda y publicidad asequible públicamente que haga referencia directa o indirecta a posibles resultados, cifras, o

Deontología Europeo, por todos los miembros de sus asociaciones y federaciones respectivas".

²⁹⁵ Art. 3.3 CEF.

²⁹⁶ En concreto, los puntos definidos como de esencial mención en el contrato según el art. 5.3 CEF relevantes a nuestros efectos son: Duración del contrato, de forma que permita al Franquiciado la amortización de las inversiones específicas de la franquicia; condiciones para la renovación del contrato llegado el caso; condiciones en las que se podría realizar una cesión de los derechos del contrato y derecho preferente de compra (derecho de retracto) del franquiciador; causas de rescisión del contrato, y, por último, en caso de rescisión del contrato antes del plazo previsto, condiciones para que el Franquiciador recupere todo elemento corporal o incorporeal que le pertenezca.

beneficios económicos de los franquiciados individuales, deberá ser objetivo y no engañoso²⁹⁷.

Aunque se consignan sin duda requisitos concretos de buena fe comercial, quedan en el aire muchos interrogantes en su aplicación, en la interpretación de sus términos y en las formas de cumplimiento.

En esta misma línea se mueve el Código de conducta de la americana *International Franchise Association (IFA)*²⁹⁸, aplicable a todos sus miembros en las operaciones desarrolladas dentro de los EEUU. En ésta se afirma, como declaración de principios, que las relaciones de franquicia deberán establecerse en un acuerdo de franquicia claro y sin ambigüedades, y mediante entrega previa de un documento informativo claro y completo requerido por la ley²⁹⁹.

Esta obligación general es reiterada y explicitada más adelante en el Código IFA donde se establece, como en el CEF, un deber de buena fe negocial en dos tiempos, expresado bajo la formulación general según la que tanto en la publicidad como en la concesión de franquicias, un franquiciador debe cumplir con todas las regulaciones y leyes aplicables³⁰⁰.

Así, todos los datos importantes para la concesión de una franquicia deben estar contenidos o referidos en uno o más

²⁹⁷ Art. 3 aptdos. 1 y 2 CEF.

²⁹⁸ Sobre este Código y su revisión en 1994, *vid.* Rudnick, L.G. "The International Franchise Association's new Code", *JIFDL*, vol. 8, núm. 4, 1994, p. 133-135. Última versión, la de 1994, cuya modificación de la anterior, de 1992, fue publicada por la misma Asociación en IFA, "International Franchise Association Code of Principles and Standards of Conduct", *JIFDL*, vol. 8, núm. 3, 1994, pp. 109-112. *Cfr.* la página web de la propia IFA al respecto en www.franchise.org/welcome_about/code.asp.

²⁹⁹ En referencia a los *disclosure acts* americanos. Secc. III, art. 1 párr. 2º Código IFA.

³⁰⁰ Secc. IV, art. 1 párr. 1º Código IFA.

documentos escritos, que deben establecer claramente los términos de la relación y los respectivos derechos y deberes de las partes³⁰¹. Documentos informativos que deberán ser entregados a los futuros/posibles franquiciados en tiempo según se requiere en la ley³⁰².

Las analogías entre estas normas de conducta, de las que no se apartan el resto, son evidentes. Si bien, y consecuentemente con la mayor experiencia y volumen en negocios de franquicia en EEUU, el Código IFA es considerablemente más prolijo que el CEF. Mayor extensión o detalle que no evita el recurso a la ley (estadounidense), cuyas referencias son continuas, para saber el alcance exacto de este deber precontractual de información que pesa sobre los franquiciadores americanos.

A.4. Información precontractual de protección al franquiciado en el Derecho español³⁰³.

España se ha convertido en el segundo país europeo en orden cronológico, tras Francia, con una reglamentación ordenadora de las actividades de franquicia más allá de materias tales como la transferencia de tecnología o la defensa de la libre

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Secc. IV, art. 1 párr. 2º Código IFA.

³⁰³ Un tratamiento extenso y detallado de cada uno de los epígrafes legales implicados puede verse en el realizado en Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, op.cit.*, y en Ruiz de Villa, J. "Comentario al Art. 62: Regulación del Régimen de Franquicia", en *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Barcelona: Praxis, 1996, pp. 438-454, respecto de los cuales nos remitimos para un estudio con profundidad de esta cuestión. Aquí sólo nos interesa en cuanto que incide en la información que el franquiciado posee con antelación a la firma del contrato de las contingencias contractuales relativas a la duración prevista de la franquicia que desea suscribir.

competencia, si bien ésta no se proyecta sobre todo su contenido, sino sobre determinados aspectos que les son relevantes.

Las obligaciones que establece el art. 62 de la Ley de Comercio Minorista (LCM)³⁰⁴ son dos:

1. En primer lugar, la inscripción en el Registro que *puedan* establecer las Administraciones competentes según el ámbito de actuación de la franquicia³⁰⁵. Deber que pesa sobre aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores;

2. En segundo lugar, la entrega al futuro franquiciado de la información relevante sobre el negocio que va a concluir. Ésta deberá hacerse por escrito, y con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia, o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago.

Deberá incluir *en especial*³⁰⁶: 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 franquicia³⁰⁷.

³⁰⁴ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17 enero 1996, p. 1243). El art. 62 LCM, de aplicación al contrato de franquicia, ha sido desarrollado por el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, (BOE 26 noviembre 1998).

³⁰⁵ A escala autonómica, en principio, y en el ámbito estatal si la franquicia desarrolla su actividad en más de una C.A.

³⁰⁶ La expresión "en especial" parece indicar un *numerus apertus* de requisitos, entre los cuales necesariamente habrán de incluirse éstos. *Vid.* Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 720 y s.

³⁰⁷ Y aquí, en este punto, en concreto, según indica el art. 3.g) del Real Decreto 2485/1998, dicha información precontractual incluye la previsión acerca de la duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo.

Respecto de las infracciones y las correspondientes sanciones, éstas se recogen el Título IV de la LCM. El régimen establecido es de carácter público, siendo competentes las Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas, tanto en la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, como en la apertura y tramitación de los expedientes sancionatorios³⁰⁸.

El ejercicio de tal actividad tendrá lugar sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o de otro orden que puedan concurrir. En todo caso, y según el principio aplicable al sistema punitivo penal y administrativo de *non bis in idem*, la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia o la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de las resoluciones sancionadoras³⁰⁹.

Se catalogan las infracciones como leves, graves y muy graves. Si el franquiciador, nacional o extranjero, no realiza la inscripción en el Registro competente, se considerará su infracción como grave³¹⁰; y en este caso la sanción que le corresponde es una multa de 500.001 hasta 2.500.000 de las antiguas pesetas³¹¹.

³⁰⁸ Art. 63. 1 LCM.

³⁰⁹ Art. 63. 1 y 2 LCM. Reafirmando el principio de *non bis in idem*, el núm. 4 del art. 63 dirá que: "*En ningún caso se podrá imponer una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes*".

³¹⁰ Art. 65.1 r) LCM.

³¹¹ Art. 68. 2 LCM.

Cantidad que podrá ascender de entre 2.500.001 ptas. hasta 100.000.000 ptas., si reincide³¹².

Respecto de la obligación del franquiciador de comunicación de aquellos detalles sobre sí y sobre su franquicia establecida en el art. 62.3 LCM, no encuentra en la Ley sanción específica, lo que supone la calificación de su incumplimiento como infracción leve³¹³. Éstas están castigadas con apercibimiento o multa de hasta 500.000 ptas³¹⁴. La reincidencia no es relevante hasta que se haya incurrido en el cuarto supuesto sancionable³¹⁵.

Contrasta ciertamente la dureza con que es castigada la negligencia en el registro, con la laxitud con que se pena a la inobservancia en la transmisión de información que debe tener el franquiciado para contratar con conocimiento de causa. La discordancia también se produce respecto del Derecho comparado analizado, el francés y el americano, donde las sanciones por este último motivo son más severas³¹⁶.

³¹² Se entenderá que existe reincidencia en este supuesto si el franquiciador no se ha inscrito en el plazo de un año desde que se declaró por resolución firme el incumplimiento de su obligación de inscribirse en el Registro competente. Arts. 66. b, 67.1 y 68. 1 LCM. En el caso de tercera reincidencia, las Comunidades Autónomas podrán decretar el cierre temporal de la franquicia por un período máximo de un año según el art. 68. 5 LCM.

³¹³ Art. 64. h) LCM.

³¹⁴ Art. 68. 3 LCM.

³¹⁵ Art. 67. 2 LCM.

³¹⁶ Zeidman, P.F., Loweinger, A.P., Madden, R., Zaid, F., Abelman, F.M. "Pre-sale franchise disclosure: a review and comparison of disclosure requirements in France, the United States and Canada", *op.cit.*, p. 34 y s.

A.5. La información precontractual al franquiciado y la previsión acerca de la duración del contrato, y de la extinción del contrato y sus consecuencias: Conclusiones.

Con relación al Derecho norteamericano reseñado, de carácter federal, sólo la *FTC*, no los particulares, puede actuar frente a las violaciones de la *Franchise Rule* de la *FTC Act*. Al tiempo, tal organismo estatal carece de la autoridad para intervenir en las cuestiones surgidas de las relaciones intracontractuales entre franquiciador y franquiciado³¹⁷. Efectivamente, la normativa indicada pertenece a la defensa del orden público, de igual forma que la normativa de defensa de la competencia, y el objeto pretendido busca el cumplimiento de la información precontractual en ella recogida en su literalidad y veracidad, pero es ajeno a los criterios particulares concurrentes que incluyen cuestiones como la adecuación de la duración estimada del contrato con relación a la inversión de obligada ejecución, o las condiciones de renovación del contrato, entre otras cuestiones; sencillamente, atiende a otros intereses distintos de los particulares, ámbito en el que se desarrollan las controversias relativas a la extinción del contrato y sus consecuencias. Por su parte, la dispersa legislación estatal impide un tratamiento de conjunto, cuya sistemática, por otra parte, acoge la aportada a escala federal de ejecutabilidad por el organismo estatal correspondiente de Derecho público, ajeno a nuestros intereses³¹⁸.

³¹⁷ *GAO-01-776 FTC's Enforcement of the Franchise Rule*, p. 8.

³¹⁸ Afirmación aseverada por los hechos y, así, en las investigaciones llevadas a cabo por el *GAO*, *supra* explicadas, los "oficiales" de las agencias estatales consultadas afirmaron que las leyes de los Estados relativas a la información precontractual (*disclosure laws*) generalmente no regulan las relaciones privadas entre los contratantes. *Vid. GAO-01-776 FTC's Enforcement of the Franchise Rule*.

Respecto a la influencia real de los Códigos Deontológicos como normas de conducta eficaces en la protección del franquiciado en la coyuntura de la terminación del contrato o en las diversas contingencias relativas a su duración, deben tenerse en cuenta algunas consideraciones:

1. En primer lugar, su ratificación tiene valor privado, referido a los socios de la asociación de franquiciadores correspondiente a un determinado territorio³¹⁹. Por lo tanto, queda constreñido al grupo profesional concernido en un espacio nacional considerado, de forma que un franquiciador extranjero no tendrá porque respetar el

³¹⁹ Una excepción reseñable, aunque limitada en su experiencia al carecer de parangón en otros países, es la del Código IFA, de EEUU, pues dicha Asociación puede catalogarse como mixta en cuanto en su seno tienen cabida junto con los franquiciadores, los franquiciados, e incluso los proveedores (*The International Franchise Association, founded in 1960, is a membership organization of franchisors, franchisees and suppliers. Membership in the IFA is for franchise professionals who are committed to excellence and who adhere to IFA's Code of Ethics. Membership in the IFA is divided into three categories. 1) Franchisors - representing over 70% of the registered franchise companies in the U.S. 2) Franchisees - over 29,000 franchise owners from many of the major franchise systems in the U.S. and 3) Suppliers - members of IFA's Supplier Forum who provide products, services and assistance to franchise systems. Fuente: www.franchise.org/memservice/how_to_join.asp). Con todo, su alcance, no deja de estar limitado a sus socios, si entendemos que sólo la Asociación, como nos dice el Código deontológico, puede tomar medidas frente al asociado infractor. Ciertamente, adolece de sanciones que restan fuerza a su ejecutabilidad; *vid.* Barkoff, R.M. "Government regulation of the franchise relationship in the United States", *JIFDL*, vol. 8, núm. 3, 1994, p. 85. Desde una posición contraria, favorable a la virtualidad del Código, lo que es aparentemente una "debilidad" ha sido contraargumentado como de apreciación errónea, en cuanto que una expulsión o una suspensión de un miembro debida a una violación del Código puede comportar un gran apuro para el franquiciador infractor: éste tendrá presumiblemente grandes dificultades para vender más franquicias (tal expulsión o suspensión debe formar parte de la información precontractual que éste ha de suministrar al presunto franquiciado), además de las complicaciones que se le derivarán frente a los franquiciados ya existentes. Opinión vertida por un asesor de la IFA, en Rudnick, L.G. "The International Franchise Association's new Code", *op.cit.*, p. 135.*

código imperante en el país de expansión, sino en la medida en que él mismo forme parte de la organización nacional, lo que no ocurrirá sino hasta que tenga un número determinado de establecimientos abiertos de forma solvente³²⁰;

2. A mayor abundamiento y con relación al punto anterior, se trata de declaraciones unilaterales; es decir, elaboradas en el seno de las asociaciones de franquiciadores donde, en su inmensa mayoría, está excluida la incorporación de franquiciados³²¹.
3. No poseen carácter normativo, de forma que no son hábiles como regulador de las relaciones entre las partes, en cuanto que su ejecutabilidad práctica depende del concreto valor que le den las partes implicadas³²². De esta forma, en los países donde no existe previsión legal que regule el deber de información precontractual, tal comunicación de los elementos esenciales del contrato sólo se producirá si es asumida voluntariamente por el franquiciador, lo que implica su adhesión a la federación

³²⁰ En el caso de la AEF son 4. *Vid.* art. 8.1 Estatutos AEF.

³²¹ La posición contraria a la admisión en estas asociaciones de los franquiciados no parece que vaya a cambiar, al menos en un futuro reciente. Ésto es lo que se desprende de la reunión trimestral de la Federación Europea de la Franquicia que tuvo lugar el 9 de noviembre de 1996, en la que la mayoría de socios expresó claras dudas respecto a la conveniencia de admitirlos como miembros a pesar de que algunas asociaciones, como la sueca, los acepten. Datos extraídos del informe que sobre la reunión trimestral se publicó en la revista de la A.E.F. *La franquicia*, p. 7.

³²² No obstante este carácter no legal o normativo en sentido estricto, en algún caso la jurisprudencia belga y francesa han hecho mención específica del código deontológico competente en la resolución del litigio, bien como usos comerciales del sector, bien como criterio de equidad y lealtad, o bien porque expresamente las partes lo habían incluido como parte del contrato en virtud del clausulado del mismo, según puede cotejarse en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, *op.cit.*, p. 80 y s.

nacional de franquiciadores correspondiente en cuanto que implica la adhesión, a su vez, al código deontológico vigente para sus miembros³²³.

Como consecuencia, en cuanto a su valor en la protección del franquiciado la respuesta es ambivalente, pues si bien de una parte establece unos requisitos de información y buena fe que deben ser respetados por los franquiciadores que integran la asociación correspondiente si desean seguir formando parte de dicha entidad³²⁴, de otra no se establecen cauces, ni formas de cumplimiento, ni claras sanciones, y tampoco existe ningún órgano superior en el que estén integradas ambas partes que vele por la efectividad de las mismas³²⁵. De todas formas no puede minusvalorarse su presencia, teniendo en cuenta que nacieron precisamente con el objetivo de proporcionar unas prácticas éticas a los franquiciadores en su actuación.

Por último, la normativa española en la materia, como la francesa, ofrece una interesante aportación de protección del franquiciado en cuanto evita que éste caiga en redes de franquiciadores “desaprensivos”, mitigando por la exigencia de información contenida el engaño o el error del que desea introducirse como parte en una red considerada. Y, desde luego, el franquiciador queda vinculado inextricablemente a las

³²³ Como bien se explicita respecto del caso belga en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000, op.cit.*, p. 21.

³²⁴ Según se establece en el art. 9 del Estatuto de la Asociación Española de Franquiciadores, los que deseen ingresar en la Asociación deben comprometerse por escrito a cumplir fielmente los Estatutos y normas deontológicas.

³²⁵ Aunque uno de los objetivos de estas asociaciones es ser árbitro de las relaciones entre franquiciadores y franquiciados, y el incumplimiento de los compromisos adquiridos puede desembocar en la expulsión del franquiciador infractor, la ausencia de franquiciados de sus órganos de gobierno hacen difícil la ejecutabilidad de tales medidas.

informaciones previas suministradas relativas a los puntos indicados normativamente de la duración del contrato, las condiciones de resolución y las de renovación del mismo, según se deriva de la naturaleza imperativa o de orden público de la Ley³²⁶. De hecho, y como consecuencia, dicho documento podría en última instancia exigir del concedente –franquiciador– que motive su decisión de resolver el contrato³²⁷; claro está, en la medida en que en él consten tasadamente las causas de resolución, lo que parece poco probable³²⁸.

³²⁶ Esta norma es un claro ejemplo de quiebra del principio tradicional de separación del Derecho público y del Derecho privado. En ella conviven ambas categorías, y a disposiciones civiles y mercantiles les corresponden sanciones administrativas. Esta situación basculante podría hacernos dudar acerca de la eficacia imperativa de este precepto y más cuando en la Disposición final única de la ley se afirma la naturaleza civil y mercantil del art. 62, con el fin de justificar la competencia exclusiva del Estado en la reglamentación realizada, sobre la base del art. 149.1 núms. 6 y 8 Const., por tratarse de regular el contenido del derecho privado de los contratos. Sin embargo, no hay duda alguna sobre la eficacia imperativa de la LCM por dos razones: 1. En primer lugar, porque es la misma ley la que así se cataloga. Así, en la Exposición de Motivos se nos hace saber la necesidad de establecer un régimen jurídico de las nuevas modalidades de venta al público que, por su carácter de materia mercantil, se encuentran entregadas actualmente al principio de libertad contractual del que resultan notorios abusos. Situación que interesa corregir mediante la *promulgación de normas imperativas* y una eficaz intervención de las Administraciones públicas. 2. En segundo lugar, por la finalidad de la norma que, según la misma Exposición de Motivos, se dirige al mantenimiento de la libre y leal competencia. En favor de la naturaleza imperativa del art. 62 LCM también habla el carácter administrativo de las sanciones previstas frente a su incumplimiento.

³²⁷ Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, *op.cit.*, p. 108.

³²⁸ Es decir que, en principio, la infracción de la normativa derivada del art. 62.3 LCM, en cuanto a la falsedad de la información revelada y/o registrada con relación a la duración del contrato, que es el ejemplo que nos interesa, es castigada en virtud de las sanciones administrativas indicadas, pero carece de efectos jurídicos privados *inter partes* si éstas no lo han previsto así expresamente en el clausulado del contrato. *Vid.* Martínez Sanz, F. "De la actividad comercial en régimen de franquicia", *op.cit.*, p. 714 y ss. Si bien tal

Ahora bien, la amplitud de los términos contemplados en ella, no exige, ni puede pretender, incluir la amplitud de consecuencias derivadas de la extinción del contrato, por más que deseable, como es el caso del destino de los stocks sobrantes o el alcance de la obligación de no-competencia postcontractual³²⁹. Por otra parte, es poco probable que el franquiciador incorpore información alguna relativa a las posibles indemnizaciones postcontractuales que en su caso puedan derivarse en el documento de *disclosure*, si no es respecto de aquellas que entienda aplicables al franquiciado exclusivamente en función de determinados incumplimientos o condiciones resolutorias.

Por último, tampoco es la finalidad de la norma establecer un marco cerrado de carácter “profético” sobre todo tipo de desarrollo relativo a la relación comercial de franquicia, sino más bien establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y crear el Registro de Franquiciadores³³⁰; de este modo, estimando positivamente su contribución al conocimiento real del franquiciado del negocio de su interés, no podemos atribuirle a dicha normativa un valor omnicomprendido que ella no pretende, con lo que habrá que estar al estudio

afirmación debe matizarse en razón de que es un precepto de orden público, y en este sentido limita la autonomía de la voluntad, con lo que su contravención sí traerá consecuencias en el ámbito jurídico privado, según el alcance de la misma: así, si concurren los presupuestos del dolo causal que vicia el consentimiento, cabe solicitar la anulación del contrato ex. arts. 1265 y 1301 C.c.. En este mismo supuesto, como en el caso de dolo incidental o éste no es grave, procede la indemnización de los daños y perjuicios irrogados; *vid.* este mismo autor en las pp. 727-730.

³²⁹ Por el contrario, el profesor Ruiz Peris entiende que tales previsiones sí deben contener la información de necesaria remisión al franquiciado; *vid.* Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, p. 199 y ss.

³³⁰ Art. 1 RD 2485/1998.

particular de cada uno de los elementos que sobre la duración y extinción del contrato y sus consecuencias se deriven.

B. LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL Y LA TUTELA DE LOS CONTRATANTES EN LA FRANQUICIA EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL. REFERENCIA AL DERECHO AMERICANO Y AL DERECHO UNIFORME.

Después de haber visto la incidencia de las disposiciones que establecen la obligación de información precontractual al franquiciado y de los códigos deontológicos del sector, con relación a la regulación de las distintas cuestiones que engloban la extinción del contrato, en este apartado incidiremos en otras dos referencias normativas en un contexto transnacional, si bien con distinto objeto y alcance: el Derecho norteamericano "sustantivo" que regula las relaciones de franquicia, y los Principios que en el ámbito del Derecho uniforme se proyecta sobre los contratos internacionales.

En el primero de los casos, como referencia de un sistema jurídico veterano en proyectar sus normas sobre este contrato, experto en sus aplicaciones concretas, renovado en sucesivas ocasiones, frecuentemente debatido en el seno de las asociaciones más representativas y plural debido a la diversidad de Estados con regulación propia.

En el segundo de los casos, buscando un sistema normativo supranacional, convencional o de carácter uniforme, que dé respuesta a la eventual protección del franquiciado en cuanto que contratante más débil, en aquellos casos donde resulte procedente.

Dejamos en este apartado fuera de consideración otras normativas europeas que bien tendrían cabida en cuanto al objeto de su regulación, pero que preterimos su tratamiento a los apartados específicos donde se contemplan los distintos aspectos relativos a la extinción del contrato de franquicia.

B.1. La protección jurídica contractual del franquiciado en EEUU. El principio de buena fe y de práctica leal

Dejando aparte la protección precontractual del franquiciado, el régimen tuitivo establecido normativamente proyecta su eficacia sobre las relaciones contractuales entre las partes y sobre cierto tipo de responsabilidades que con su ocasión pueden pretenderse.

En el país transatlántico, de un lado existe una creciente tendencia a regular tales relaciones, fuertemente contestada, por otra parte³³¹. Del otro, la jurisprudencia ha elaborado mecanismos para proteger las inversiones del franquiciado, especialmente necesaria la concurrencia de "justa causa" en la terminación del contrato, o para rechazar su renovación.

A. LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL DEL FRANQUICIADO EN EEUU. APLICACIÓN JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE PRÁCTICA LEAL.

Más allá de la exigencia de justa causa en la actuación del franquiciador para validar en un eventual litigio la decisión adoptada en el ámbito contractual frente al franquiciado, tal apreciación forma parte del planteamiento sobre el que los tribunales norteamericanos han pretendido determinar desde distintas aproximaciones la concurrencia de reglas especiales que rigen tales relaciones, especialmente vinculantes para el

³³¹ Su finalidad diverge diametralmente de aquella adoptada por la normativa *antitrust*, pues donde ésta persigue un mercado competitivo desde una perspectiva general, aquellas protegen competidores individualmente considerados en la cadena de distribución, lo que ha sido tachado de ineficiente en los procesos de integración y desarrollo de la distribución. *Vid. Collin, T.J. "State Franchise Laws and the Small Business Franchise Act of 1999: Barriers to Efficient Distribution", The Business Lawyer*, vol. 55, 2000, pp. 1699-1761.

franquiciador, sujeto de un deber de competencia o profesionalidad³³².

En este progresivo posicionamiento judicial, la línea jurisprudencial más consolidada y viable aboga, con distintos matices y oposiciones³³³, por un deber genérico fiduciario, de crédito y confianza del franquiciador hacia el franquiciado³³⁴. Este

³³² La jurisprudencia norteamericana ha debatido ampliamente el alcance de la protección que debe otorgarse al franquiciado, construyendo determinados criterios de protección que exceden los márgenes establecidos regularmente respecto de las relaciones contractuales. Así, desde distintas aproximaciones se ha buscado un marco jurídico que dé cobertura a un "deber de competencia" (de actuación profesional) del franquiciador respecto de sus franquiciados. Particularmente, sobre la base de demandas planteadas por malas prácticas profesionales, se ha pretendido reconocer un deber de debido cuidado (buenas prácticas) amparado en el Derecho común en virtud del cual el franquiciador debe desarrollar un nivel mínimo de competencia profesional. También se ha buscado un mecanismo frente a la incompetencia del franquiciador a través de principios tradicionales del Derecho de los contratos, como las llamadas cláusulas de integración o la *parol evidence rule*, en virtud de la cual puede demostrarse evidencias de pactos no establecidos en el texto del contrato pero que el franquiciador ha inducido a pensar que han tenido lugar. Por último, la vía más útil en la práctica ha demostrado ser el reconocimiento de cierto deber implícito de buena fe y práctica profesional justa (*covenant of good faith and fair dealing*), desarrollada *infra*. Vid. extensamente en Joseph, R.T. "Do Franchisors Owe A Duty Of Competence?", *The Business Lawyer*, vol. 46, 1991, pp. 471-505.

³³³ La aplicabilidad del pacto implícito de buena fe en el contexto de casos motivados por abusos relativos a contratos de franquicia ha generado considerables divergencias en los tribunales. Vid., *v.gr.*, comentario de las distintas posiciones en diferentes casos federales, pero incluso en el mismo distrito judicial, en Zarco R., y Ashe L. V. "The Sounds Of Silence In The Franchise Agreement", *Franchise Law Journal*, American Bar Association, vol. 19, núm. 1, 1999. Paradigmático en este caso son las posiciones adoptadas en *Scheck v Burguer King Co.* 756 F. Supp. 543 (S.D. Fla. 1991), respecto de la recogida en *Burger King v. Weaver*, 169 F. 3d 1310 (11th Cir. 1999), en este último caso donde se niega por completo virtualidad a tal cláusula implícita, fuera de lo estrictamente reconocido en el tenor literal del contrato.

³³⁴ Tal deber de confianza -*fiduciary duty*- ha sido reconocido como obligación implícita en la relación de franquicia en el caso de la Corte de Apelaciones *Arnott v. American Oil Co.*, 609 F. 2d 873 (8th Cir. 1979), en el que el Tribunal

valor ha ido evolucionando, adquiriendo una formulación específica, especialmente concretada en situaciones donde el contrato no define claramente el nivel de implicación requerido a éste³³⁵.

concluyó que tal deber había sido violado en virtud de la terminación sin justa causa que la Compañía American Oil había efectuado respecto de su distribuidor, rompiendo una jurisprudencia existente hasta el momento en la que no venía reconocido tal deber; desde entonces ha venido siendo aplicado por la jurisprudencia aunque no de forma unívoca. *Vid.* Rau, L.A. "Implied Obligations in Franchising: Beyond Terminations", *The Business Lawyer*, vol. 47, 1992, pp. 1057-1059.

³³⁵ Este deber de buena fe adopta la fórmula de cláusula implícita (*implied covenant of good faith and fair dealing*), que actúa como límite al uso de la discrecionalidad garantizada en el contrato a una parte frente a las legítimas aspiraciones de la otra parte. Tal cláusula ha sido reconocida en la Sección 205 del *Restatement (Second) of Contracts* ("Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement."); El texto original del Restatement descrito se puede consultar en www.okcu.edu/law/academics/images/pdf/fall_2003/gibson_restatement2nd.pdf. Cláusula reconocida también en el *Uniform Commercial Code* (U.C.C.), Sección 1, art. 203 ("Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement."), que, en la Sección 1, artículo 201(19), lo define como "*honesty in fact in the conduct or transaction concerned.*", *vid.* Texto de las distintas secciones en www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html. A su vez, en la jurisprudencia tal principio ha sido construido con una formulación propia, cuyo caso paradigmático se contiene en el caso *Kirke la Shelle Co. vs. Paul Armstrong Co.*, 188 N.E. 163, 1933 N.Y. 79 (1933), en virtud del cual ninguno de los cocontratantes debe hacer algo cuyo efecto sea destruir o perjudicar el derecho de la otra parte a recibir los frutos del contrato. Doctrina seguida y aplicada por la jurisprudencia de aquel país en infinidad de casos; así, *v.gr.*, *vid.* *Smith v General Acc. Ins. Co.*, 91 NY2d 648, 652-653 1998]; (*Dalton v Educational Testing Serv.*, 87 NY2d 384, 389 [1995]; *Van Valkenburgh, Nooger & Neville v Hayden Publ. Co.*, 30 NY2d 34, 45, *rearg denied*, 30 NY2d 880, *cert denied* 409 US 875 [1972]), los cuales pueden ser fácilmente localizados en la página web del Legal Information Institute perteneciente a la Cornell Law School. Volviendo al ámbito legal, determinadas legislaciones estatales también han reconocido tal deber de buena fe en la ejecución de los contratos, como en el Estado de Massachusetts, lo que ha derivado, consecuentemente, en una profusa aplicación judicial. *Vid.* *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 364 N.E.2d 1251, 1256 (1977); *Hawthorne's, Inc. v. Warrenton Realty, Inc.*, 414 Mass. 200, 606 N.E.2d 908, 914 (1993), y de abstenerse de aquellos actos que impidan obtener a la otra parte el fruto natural del contrato, *vid.* *Larson v. Larson*, 37 Mass.App.Ct. 106,

Principio de actuar de buena fe y conforme a un trato justo que actúa como un estándar universal aplicable a la actuación de cada contratante, y especialmente aquí referido al franquiciador, con independencia de las concretas cláusulas que contenga el contrato, y cuyo fin es proteger al franquiciado con relación a los beneficios que razonablemente quepa esperar³³⁶. El razonamiento subyacente en esta aplicación estima que los franquiciados deben hacer un mayor esfuerzo que no se puede recuperar en su negocio que otros tipos de distribuidores, de forma que perderían una parte importante de su inversión cuando la franquicia termina inesperadamente o no se renueva más allá de lo razonablemente esperado³³⁷. Tal pacto implícito de buena fe, sin embargo, no

636 N.E.2d 1365, 1368 (1994) (quoting *Anthony's Pier Four, Inc. v. HBC Assoc.*, 411 Mass. 451, 583 N.E.2d 806, 820 (1991)). Sentencias extraídas de www.law.emory.edu/caselaw. Otro ejemplo, es el caso de Florida, bajo cuyas disposiciones la cláusula implícita de buena fe y justo trato es parte obligatoria de cada contrato, y así es aplicado por los tribunales. *Vid. County of Brevard v. Miorelli Eng'g, Inc.*, 703 So.2d 1049, 1050 (Fla.1997) *Vid.* también *Scheck v. Burger King Corp.*, 798 F.Supp. 692, 694 (S.D.Fla.1992) ("*Scheck II*"); *Barnes v. Burger King Corp.*, 932 F.Supp. 1420, 1437-1438 (S.D.Fla.1996).

³³⁶ Los casos relativos a franquicia que ha sido reconocida tal cláusula implícita de buena fe y trato justo son muy amplios y relativos a muy diversas cuestiones no expresamente reconocidas en el contrato, como, por ejemplo, el situar el franquiciador otra franquicia cerca de la del franquiciado lesionado (*encroachment*). *Vid.*, *v.gr.*, *Scheck v. Burger King Corp.*, 756 F. Supp. 543 (S.D. Fla. 1991). *Burger King v. Weaver*, 169 F. 3d 1310 (11th Cir. 1999); *Cook v. Little Caesar Enterprises, Inc.*, 972 F. Supp. 400 (E.D. Mich. 1997); *Payne v. McDonald's Corp.*, 957 F. Supp. 749 (D. Md. 1997); *Clark v. America's Favorite Chicken Co.*, 916 F. Supp. 586 (E.D. La. 1996); *Camp Creek Hospitality Inns, Inc. v. Sheraton Franchise Corp.*, 139 F. 3d 1396 (11th Cir. 1998). Casos con acceso desde la página <http://law.touro.edu>.

³³⁷ Rau, L.A. "Implied Obligations in Franchising: Beyond Terminations", *op.cit.*, p. 1055, espec. en n.p. 14. El mismo autor reconoce, no obstante, lo discutible de esta opinión, habida cuenta que los riesgos que asume el franquiciado bien se puede considerar que son menores que otros distribuidores precisamente por la identificación de éste con la red franquiciada. Si bien el problema del coste que se pierde puede justificar algún tipo de tratamiento especial que permita recobrar la inversión inicial no amortizada, bien puede estimarse que los

puede ser usado como vía de sobrecribir o anular los términos expresos del contrato³³⁸.

B. LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL DEL FRANQUICIADO EN EEUU EN LAS LEYES ESTATALES Y PROYECTO DE LEY FEDERAL. APLICACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE PRÁCTICA LEAL

En USA existe un doble ámbito de regulación legal sobre la franquicia tanto a escala federal como estatal. En el primero de estos planos, rige con carácter general para este tipo de contrato y para las oportunidades de negocio la "FTC Rule", que versa sobre los requisitos de información precontractual que rigen sobre el franquiciador/concedente³³⁹, y sobre la que ya hemos hecho las oportunas indicaciones. Propiamente sobre las relaciones de las partes tras la conclusión del negocio, sólo encontramos en este contexto federal leyes específicas limitadas a las industrias del automóvil y el petróleo, si bien han existido varios intentos de

intereses del franquiciado quedan suficientemente salvaguardados con la obligación de información precontractual establecida, de forma que el franquiciado queda perfectamente informado con antelación a su entrada en el sistema de los riesgos (y ventajas) que entraña, *vid. idem*, p. 1056 *passim*.

³³⁸ *Vid. v.g., Zapatha v. Dairy Mart, Inc.*, 381 Mass. 284, 408 N.E.2d 1370 (1980), que rechaza la recusación de la terminación del contrato prevista en el contrato por el franquiciado afectado. Fuente: www.law.emory.edu/caselaw

³³⁹ "Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures" [Code of Federal Regulations, Título 16, Vol. I]. Documento del "U.S. Government Printing Office" vía "GPO Access", pp. 429-440, y que hemos citado como "16 CFR 436.1". En este punto nos remitimos a la monografía del profesor Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 145-149.

crear una ley que regulara las relaciones internas del contrato no limitada a estos dos sectores³⁴⁰.

El panorama legal estatal, por su parte, no es uniforme: así, si bien un número de estados ha aprobado cierta normativa de protección del pequeño comercio que invierte en franquicias y en oportunidades de negocio, la regulación de estas relaciones no son una tendencia consolidada en los EEUU, pues más de la mitad de los que componen la Unión nunca han adoptado tales leyes protectoras.

La regulación estatal de la franquicia en EEUU ha seguido dos tendencias: regular las relaciones obligatorias del contrato de franquicia, estatuto que contempla la forma de conducirse en el contrato con especial referencia a determinados momentos, como la terminación, su renovación, la posibilidad de transferencia o cuestiones tales como el "encroachment"³⁴¹; y el establecimiento

³⁴⁰ *Vid. infra.* el apartado relativo a "la protección del franquiciado ante la terminación o no-renovación del contrato en la legislación federal de EEUU: normativa vigente y tutela de *lege ferenda*'.

³⁴¹ En total 19 estados, además del Distrito de Columbia, Puerto Rico, y las Islas Virgin, poseen legislación sobre el contenido del contrato de franquicia: Arkansas Franchise Practices Act (Ark. Code Ann. §§ 4-72-201 - 4-72-210); California Franchise Relations Act (Cal. Bus. & Prof. Code §§ 20000 - 20043); Connecticut Franchises Law (Conn. Gen. Stat. §§ 42-133e - 42133h); Delaware Franchise Security Law (Del. Code Ann. Tit. 6 §§ 2551-56); District of Columbia Franchising Act of 1988 (D.C. Code Ann §§ 29-1201 - 29-1208); Hawaii Franchise Investment Law (Haw. Rev. Stat. § 482E-6); Illinois Franchise Disclosure Act (Ill. Comp. Stat. ch. 815, §§ 705/18 - 705/20); Indiana Deceptive Franchise Practices Act (Ind. Code Ann. §§1-23-2-2.7 - 23-2-2.7-7)]; Iowa Franchise Law (Iowa Code §§ 523H.1 - 523H.17); Maryland Fair Distributorship Act (Md. Code Ann. §§ 11-1301 - 11-1307); Michigan Franchise Investment Law (Mich. Comp. Laws § 445.1527-27)); Minnesota Franchises Law (Minn. Stat. Ann. § 80C.14); Mississippi Franchises Law (Miss. Code Ann. §§ 75-24-51 - 75-24-63) (Miss. Code Ann. § 75-24-53); Missouri Franchises Law (Mo. Rev. Stat. §§ 407.400 - 407.420); Nebraska Franchise Practices Act (Neb. Rev. Stat. §§ 81-401 - 87-410); New Jersey Franchise Practices Act (N.J. Stat. Ann. § 56:10-1 - 56:10-15); Virginia Retail Franchising Act (Va. Code Ann. § 13.1-564); Washington Franchise Investment Protection Act (Wash. Rev.

de un sistema de información precontractual, para que los posibles franquiciados tengan suficientes elementos de juicios en la compra de una franquicia³⁴².

Resulta reseñable que la normativa que disciplina el contrato extiende su aplicación en algunos Estados a otras formas de distribución, extensión que no opera respecto de la obligatoria información precontractual a la que está compelido el franquiciador incluso bajo la ley de ese mismo Estado³⁴³.

Code Ann. § 19.100.180); Wisconsin Fair Dealership Law (Wis. Stat. §§ 135.01 - 135.07); Puerto Rico Dealers' Contracts Law (P.R. Laws Ann. Tit. 10, §§ 278 - 278d); Virgin Islands Franchised Business Law (V.I. Code Ann. Tit. 12A, Subch. III, §§ 130 -139). *Vid.* Lockerby, M.J. "A World Wide Web of Potential Franchise Law Violations", *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 6, núm. 1, (Symposium 1999), párrafo 15 con relación a la anotación final núm. 32 <<http://www.richmond.edu/jolt/v6i1/lockerby.html>>. Un comentario de las líneas principales en las que se estructuran las leyes de dichos estados puede verse en Barkoff, R.M. "Government regulation of the franchise relationship in the United States", *op.cit.*, pp. 82-85.

³⁴² *Vid.*, de forma genérica, cita y breve comentario en Holmes, D.L. "Overview of State and Federal Franchising Regulations", en www.dkslaw.com/papers/intproppapers/franshisregs.html; más extensamente en American Bar Association. Sección de Derecho de defensa de la competencia, *Franchise Protection: Laws Against Termination and the Establishment of Additional Franchises*, Monografía núm. 17. American Bar Association, 1990.

³⁴³ Cf. Maryland Franchise Registration and Disclosure Law (Md. Code Ann. §§ 14-201-14-233) con Maryland Fair Distributorship Law (Md. Code Ann. § 11-130); e igualmente, cf. Wisconsin Franchise Investment Law (Wis. Code §§ 553.01-553.78) con Wisconsin Fair Dealership Law (Wis. Code §§ 135.01-135.07)). Esta legislación, así como la citada *infra*, además de en las páginas web que en su caso se detallan, pueden obtenerse a través del vínculo genérico de *LexisNexis.com* o, también, del de *FindLaw.com*, entre otros posibles.

b.1. La protección del franquiciado ante la terminación o no-renovación del contrato en la legislación estatal de USA.

Aquellos estados que disciplinan el contrato incluyen el concepto de justa causa como requisito requerido para rescindir o resolver el contrato, así como para no renovarlo. Esta noción, en términos genéricos, supone el previo incumplimiento contractual del franquiciado³⁴⁴. Apercebida su existencia, además, en muchos Estados se exige un breve periodo de tiempo para hacer efectiva la terminación del contrato³⁴⁵.

Esta exigencia de justa causa está relacionada con la exigencia de actuar de buena fe en la ejecución del contrato, buscando el buen fin del mismo, según se desprende del tenor literal de la normativa estatal³⁴⁶.

³⁴⁴ Por todos, *vid.* la definición dada por la normativa de Nebraska: "*Good cause for terminating, canceling, or failure to renew a franchise shall be limited to failure by the franchisee to substantially comply with the requirements imposed upon him or her by the franchise*" (Sección 87-402 de la *Franchise Practices Act*, *vid.* en la página de información general de normativa incidente en el comercio, de Nebraska <http://assist.neded.org/statutes.html>).

³⁴⁵ Collin, T.J. "State Franchise Laws and the Small Business Franchise Act of 1999: Barriers to Efficient Distribution", *op.cit.*, p. 1730, n.p. 184.

³⁴⁶ En algunos casos la obligación de conducirse conforme a los parámetros de buena fe en el contrato de franquicia recibe un tratamiento individualizado, así, *v.gr.*, la Sección 523H.10 del Iowa Franchise Code (*vid.* en www.legis.state.ia.us); o bien de forma explícita se relacionan y condicionan ambos conceptos (buena fe y justa causa), como es el caso del Estado de Delaware [(§ 2552. *Unjust termination of, or failure to renew, a franchise. (a) Termination of a franchise by a franchisor shall be deemed to be "unjust," or to have been made "unjustly," if such termination is without good cause or in bad faith. Any termination of a franchise which is not unjust shall be deemed to be "just," or to have been made "justly." (b) The failure of a franchisor to renew a franchise shall be deemed to be "unjust," or to have been made "unjustly," if such failure to renew is without good cause or in bad faith. Any failure to renew a franchise which is not unjust shall be deemed to be "just," or to have been made "justly."*]

Los términos son taxativos y no parecen dejar margen en estos casos a la terminación de una relación establecida con carácter indefinido, ni aún con preaviso si no antecede tal justa causa ni, mucho menos, ante una pérdida razonable de la confianza en el franquiciado. La amplitud de las disposiciones contenidas en algunos de estos Estados relativas al contenido del contrato de franquicia, lleva a la protección otorgada al franquiciado-distribuidor a esquemas que recuerdan a las disposiciones laborales, extendiendo el régimen tuitivo relativo a la terminación o no-renovación del contrato a las modificaciones sustanciales del mismo³⁴⁷.

De entre todos los Estados que poseen disposiciones en este ámbito destaca el de Iowa por ser el más completo y el que con más amplio margen se protege el franquiciado. Por esta misma razón, ha sufrido fuertes críticas y su esquema ha sido rechazado

(*Delaware Franchise Security Law* -6 Del. C. 1953, § 2556; 57 Del. Laws, c. 693.-, *cit.* en www.delcode.state.de.us/title6/c025/sc05/)].

³⁴⁷ Por ejemplo, la previsión legal que establece la doble obligación de informar previamente de la terminación y de recomprar los bienes inventariados implicados en la franquicia, se extienden bajo el *Maryland Fair Distributorship Act* a la considerada como una "resolución *de facto*" producida por la alteración de las condiciones esenciales del contrato por el franquiciador, cuando se cumplen las siguientes condiciones: "(1) el franquiciador materialmente altera el negocio competitivo y las condiciones económicas del distribuidor -franquiciado-; (2) dicha situación no la aplica a otros distribuidores, al caso franquiciados, situados en similares condiciones; y (3) con dicha actuación pretende ser discriminatorio en detrimento de tal distribuidor -franquiciado-". *Vid.* Md. Code Ann. § 11-1301. En el mismo espíritu, el *Virginia Retail Franchising Act* considera ilícito que un franquiciador "use una influencia indebida para inducir a un franquiciado a renunciar a algún derecho a él concedido en virtud del mismo contrato de franquicia". *Vid.* Va. Code Ann. § 13.1-564. Por último, el *Wisconsin Fair Dealership Act* exige "*good cause*" para que el principal pueda cambiar sustancialmente las circunstancias competitivas de un acuerdo de distribución (en el que se encuadran las franquicias), *Vid.* Wis.Stat. § 135.04.

en numerosos estados de USA³⁴⁸. Resulta contradictorio contrastar que, más allá de las disposiciones fuertemente tuitivas del franquiciado en cuanto a preservar el vínculo contractual, la normativa en cuestión de Iowa recoge, sin embargo, una cláusula de salvaguardia de todo el sistema que, en la práctica establece un amplio margen de resolución contractual. En ésta se recoge una definición del concepto de *good cause* en virtud de la cual se permite acabar con la franquicia antes de su término *por razón considerada legítima del negocio*³⁴⁹, siempre que ésta no responda a una opción arbitraria del franquiciador medible por otras acciones semejantes del mismo³⁵⁰.

En aquellos Estados donde existe un estatuto de la franquicia, que exige la justa causa para su terminación y se considera que ésta no ha sido aceptable para tal fin, la consecuencia es una reclamación por los daños y perjuicios resultantes en virtud de una acción civil privada³⁵¹.

³⁴⁸ Según informa la Internacional Franchise Association en su página web, en el vínculo de "Government Relations", desde 1992 treinta estados han considerado implantar una legislación sobre las relaciones en el contrato de franquicia semejante a la del Estado de Iowa y la han rechazado. Tales Estados son Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Florida, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, Ohio, Oklahoma, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Vermont y Washington.

³⁴⁹ Sección 523 H 7 Iowa Code, actualizado al 2003. *Vid.* www.legis.state.ia.us

³⁵⁰ La carga de la prueba de la arbitrariedad del franquiciador resta en el franquiciado, según el apartado 1 de la Sección 523 H7 antedicha en la n.p. anterior.

³⁵¹ Bajo algunas legislaciones estatales las consecuencias para el franquiciador son muy severas. Así, *v.gr.*, según The Delaware Code, probada la injusta terminación del contrato por el franquiciador, o la no renovación sin motivo que la sustente, éste puede ser compelido a cumplir con sus obligaciones continuando el contrato y conduciéndose en él según los parámetros de buena fe y trato leal, garantizando el buen fin del mismo incluso con medidas cautelares. Más allá, se

En cualquier caso, ya se haya considerado válida o no la terminación del contrato, el franquiciador es obligado en algunos Estados a recomprar los productos de la franquicia inventariados y no vendidos, así como, dependiendo Estados, el fondo de comercio,

prevé en todo caso la indemnización por daños y perjuicios, la cual incluye: (1). Una porción proporcional de los factores o elementos tangibles del franquiciado usado en dicho Estado con respecto a la franquicia terminada o no renovada, en lo que se engloba, entre otros posibles elementos, los puntos de venta, oficinas, almacenes, vehículos mobiliario, incluyendo equipamiento y accesorios. Su cálculo se obtiene de dividir las ventas en bruto del franquiciador en el Estado en el año fiscal completo más reciente por las ventas en bruto del franquiciado en dicho Estado, y siempre referido al mismo año. (2) Otro concepto indemnizable es la pérdida de fondo de comercio, particularmente referido a la clientela del mismo; (3) Igualmente es resarcible la pérdida de beneficios, lucro cesante calculado en una estimación que no puede ser inferior a cinco veces la ganancia obtenida por el franquiciado en el año fiscal completo más reciente; (3) A estas categorías, expresamente mencionados como *numerus apertus*, se suman las costas derivadas del proceso y, como cláusula *escoba* que marca la amplitud de los conceptos indemnizables, todos aquellos daños resarcibles según la Ley de dicho Estado. *Vid.* § 2553 -*Remedies- Delaware Franchise Security Law* (6 Del. C. 1953, § 2556; 57 Del. Laws, c. 693.), *cit.* en www.delcode.state.de.us/title6/c025/sc05/. Otros Estados que incluyen la indemnización postcontractual por terminación, no renovación o "cambios en las circunstancias competitivas", son, *v.gr.* Arkansas (Ark. Code Ann. § 4-72-208 (Michie 1991)), Connecticut (Conn. Gen. Stat. §42-133 (g)(a) (1986)), Delaware (Del. Code Ann. tit. 6 § 2553 (1980)), District of Columbia (D.C. Code Ann. §29-1206 (1989)), Hawaii (Haw. Rev. Stat. §§ 482E-6, 482E-9, 480-2, y 480.13 (1974)), Illinois (Ill. Comp. Stat. ch. 815, 705/26 (West 1992)), Indiana (Ind. Code Ann. §23-2-2.7-4 (Michie 1985)), Iowa (Iowa Code §§ 523H.6, 523H.13 (1992)), Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 80C.17(3) (West 1990)), Mississippi (Miss. Code Ann. § 75-24-57 (1972)), Missouri (Mo. Rev. Stat. § 407.410 (1986)), Nebraska (Neb. Rev. Stat. § 87-409 (1989)), New Jersey (N.J. Stat. Ann. § 56:10-10 (West 1971)), Virginia (Va. Code Ann. § 13.1-571 (Michie 1992)), Washington (Wash. Rev. Code Ann. § 19.100.190(3) (West 1991)), Wisconsin (Wis. Stat. § 135.06 (1984)), Puerto Rico (P.R. Laws Ann. tit. 10, § 278b (1988)), y las Islas Virgin (V.I. Code Ann. tit. 12A, §135 (1981)). Indemnización que, como hemos visto en la legislación de Delaware, en ocasiones incluye el fondo de comercio.

y el mobiliario y demás elementos que el franquiciado adquirió con ocasión de la implantación del negocio³⁵².

b.2. La protección del franquiciado ante la terminación o no-renovación del contrato en la legislación federal de EEUU: normativa vigente y tutela de lege ferenda.

En el ámbito federal las leyes que gobiernan las relaciones de franquicia están específicamente limitadas a las industrias del automóvil y del petróleo debido a la constatación en ambos casos de enorme poder de los franquiciadores respecto de los franquiciados y su consiguiente desigual dependencia. A esta escala, igual que en la estatal, el marco de referencia es la actuación estimada de buena fe en el momento de la terminación o renovación del contrato, que debe ajustarse a las condiciones y plazos consignados en las leyes de referencia³⁵³.

En concreto, bajo la "Automobile Dealers Day in Court Act"³⁵⁴, un franquiciado de automóviles puede demandar por daños

³⁵² Así, en los siguientes Estados, si el franquiciador resuelve el contrato o no lo renueva, en ambos casos sin "justa causa", se le exige la compra de los bienes objeto de la franquicia en sentido amplio: Arkansas (Ark. Code Ann. § 4-72-209 (Michie 1991)), California (Cal. Bus. & Prof. Code § 20035 (West 1990)), y Washington (Wash. Rev. Code Ann. § 19.100.180(2)(i) (West 1991)) (en este último caso incluyendo el fondo de comercio si se ha infringido la obligación de preavisar con un año de antelación la no renovación del contrato). Con independencia de si ha existido o no justa causa, los siguientes Estados imponen tal obligación de recompra tras la terminación del contrato: Connecticut (Conn. Gen. Stat. § 42-133f(c) (1986)), Hawaii (Haw. Rev. Stat. § 482E-6(3) (1974)), Iowa (Iowa Code § 523H.11(1992)), Maryland (Md. Code Ann. Com. Law § 11-1304 (1980)), Michigan (Mich. Comp. Laws § 445.1527(d) (1984)) relativo este apartado -d- exclusivamente a la terminación por no renovación del contrato; y Wisconsin (Wis. Stat. § 135.045 (1984)).

³⁵³ Sobre dicha normativa, sirve como comentario sucinto y preciso el de Loewinger, A.P., Bownstein, Zeidman y Schomer "United States", *op.cit.*, pp. 8-11.

³⁵⁴ 15 U.S.C. §§ 1221-1225. *Vid.* www4.law.cornell.edu/uscode/15/ch27.html

y perjuicios ante un tribunal de distrito de los EEUU a un productor de automóviles que no actuó de buena fe en la ejecución del contrato o, en la terminación, resolución o no-renovación del mismo³⁵⁵. A su vez, según la "*Petroleum Marketing Practices Act*"³⁵⁶, un franquiciador en el negocio de la distribución de combustible, tiene prohibido terminar una franquicia durante la duración del contrato, a menos que tal terminación o no-renovación esté basada en motivos especificados en tal ley (*good cause*)³⁵⁷; además, se exige un preaviso mínimo de 90 días, salvo que tal aviso no sea razonable³⁵⁸.

Si bien la normativa federal resulta limitada a las industrias reseñadas, desde 1992 no han faltado intentos de establecer unos

³⁵⁵ En virtud de la Sec. 1222 de la *Automobile Dealers Day in Court Act*, "*An automobile dealer may bring suit against any automobile manufacturer engaged in commerce, in any district court of the United States in the district in which said manufacturer resides, or is found, or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover the damages by him sustained and the cost of suit by reason of the failure of said automobile manufacturer from and after August 8, 1956, to act in good faith in performing or complying with any of the terms or provisions of the franchise, or in terminating, canceling, or not renewing the franchise with said dealer: Provided, That in any such suit the manufacturer shall not be barred from asserting in defense of any such action the failure of the dealer to act in good faith*".

³⁵⁶ 15 U.S.C. §§ 2801-2806. *Vid.* www4.law.cornell.edu/uscode/15/ch55schI.html

³⁵⁷ En concreto, en la Secc. 2802 (*Petroleum Marketing Practices Act*), aplicable a este tipo de franquicia excepto para el caso de ser catalogada como "*trial franchise*" o "*interim franchise*" (Secc. 2803), en función de su escasa duración y que actúan como periodo de prueba o de consolidación de una relación duradera cuya ruptura o no-renovación ya exige razones tasadas. La única previsión cuya redacción es amplia, no cerrada, relativa a "*an event which is relevant to the franchise relationship and as a result of which termination of the franchise or nonrenewal of the franchise relationship is reasonable*", es explicada en la misma disposición mediante ejemplificación de cuestiones tales como quiebra, estar el franquiciador incurso en un proceso penal, incapacidad mental, etc.

³⁵⁸ Secc. 2804 de la *Petroleum Marketing Practices Act*, *cit.*

patrones comunes a todo tipo de franquicia, intentos que hasta la fecha siempre han sido rechazados con distinto margen³⁵⁹.

El más destacable de dichos proyectos es el conocido como "Small Business Franchise Act of 1999" que, desde noviembre de 1999, ha sido introducido en diversas ocasiones en el Congreso³⁶⁰.

En su objetivo se encuentra la promoción de acuerdos justos y equitativos, el establecer estándares uniformes de conducta en las relaciones de franquicia y crear un sistema federal y privado de sanciones uniforme por las eventuales infracciones de la Ley Federal. Nace sobre la constatación de la desventaja contractual en la que se encuentran la mayoría de franquiciados a favor de los franquiciadores, sufriendo aquéllos pérdidas cuantiosas como consecuencia de malas prácticas de estos, y sin que hasta la fecha se encuentren (en EEUU) suficientes mecanismos tutivos frente a tales acciones en las doctrinas tradicionales del *common law*³⁶¹.

El eje de la reflexión acerca de la conveniencia de tal ley vuelve a ser nuevamente el deber de comportarse en las relaciones

³⁵⁹ La legislación federal relativa a las relaciones de franquicia con carácter no sectorial ha sido desde 1992: H.R. 5232 y H.R. 5233, 102º Cong. (1992); H.R. 2593 y H.R. 1316, 103º Cong. (1993); H.R. 1717, 104º Cong. (1995); H.R. 2954, 105º Cong. (1997); H.R. 4841, 105º Cong. (1998); y H.R. 3308, 106º Cong. (1999). *Vid. United States General Accounting Office, FTC's Enforcement of the Franchise Rule*, informe elaborado a petición de determinados congresistas, julio 2001, p. 40. espec. en n.p. 5, y que venimos citando como GAO-01-776 *FTC's Enforcement of the Franchise Rule*.

³⁶⁰ Esta normativa fue introducida en el Congreso de los EEUU en el período numerado como 106 (1999-2000), promovido por los congresistas Howard Coble y John Conyers, siendo entonces rechazada por un escaso margen. Posteriormente, en el Congreso 107 (2001-2002) no se intentó, y todavía es una posibilidad no actualizada en el actual período congresual, núm. 108. *Vid. www.franchise.org/news/government/hr3308_200.asp*. Lo cierto es que hasta la fecha, julio de 2005, esta normativa no ha sido aprobada por el Congreso.

³⁶¹ *Secc. 2. Findings and purpose* H.R. 3308 (Small Business Franchise Act of 1999, citada en adelante mediante su abreviatura "SBFA"). *Vid. texto completo en www.franchisee.org/SBFAlegislation/SBFAComplete.htm*

contractuales según los principios de buena fe y de prácticas justas, ante la ausencia de una interpretación uniforme en el ámbito judicial³⁶².

Este deber de buena fe se configura como un estándar de conducta que se impone a cada parte en la ejecución del contrato. En su formulación positiva requiere honestidad “de hecho” y observación de los estándares razonables de buenas prácticas estimables en el comercio. En su formulación negativa, exige a las partes en la franquicia a no hacer nada que destruya o perjudique el derecho de la otra parte de obtener o recibir los frutos esperados del negocio³⁶³.

Como consecuencia de este principio, se considera práctica desleal la terminación sin “justa causa” antes del plazo previsto, englobándose bajo tal concepto razones tasadas de especial gravedad en la conducta del franquiciado que justifican la anticipación en la resolución del contrato³⁶⁴. Además, se prescribe expresamente que el franquiciador no podrá prohibir a ningún franquiciado emprender cualquier negocio en cualquier emplazamiento tras la terminación de la franquicia; prohibición

³⁶² Según se infiere de la exposición de defensa que introduce el SBFA en el Congreso de EEUU por el Hon. Howard Coble, el 10 de noviembre de 1999; *vid.* www.franchisee.org/SBFA.htm#Representative%20Cobels%20Introduction%20of%20SBFA

³⁶³ Secc. 5.1 y 5.2 SBFA, *cit.*

³⁶⁴ Secc. 4 (A) y (B) *Unfair Franchise Practices* SBFA, *cit.* Según esta sección, justa causa existe cuando el franquiciado incumple materialmente alguna previsión del acuerdo de franquicia sin haberla subsanada en lo posible en un plazo de treinta días; también cuando abandona el negocio licenciado en virtud del acuerdo de franquicia, salvo excepciones determinadas en la sección; por último, si se conduce de forma que crea un inminente peligro de daño a la salud o a la seguridad pública, o si repetidamente infringe la misma obligación contractual cuyo contenido y ejecución es similar a la de otros franquiciados o si es condenado por traición perjudicando así el buen nombre de la marca.

matizada a que tal negocio no pueda bajo ningún concepto confundirse con el de la extinta franquicia³⁶⁵.

Otro elemento valorado de la relación comercial es la eventualidad de la transferencia de la franquicia por el franquiciado a un tercero. Posibilidad que, para ser rechazada por el franquiciador frente a una propuesta en concreto, deber razonarse por escrito en razones fundadas en la ausencia de cualificación del ocasional transferido y no en motivos discrecionales; además, ha de sujetarse a determinados requisitos condicionantes³⁶⁶.

Otro punto común en las legislaciones estatales sobre franquicia, asimismo contemplado en el proyecto federal es el llamado "encroachment"; circunstancia producida por la competencia desleal del mismo franquiciador al situar, o permitir bajo licencia, establecimientos cuyos bienes o servicios prestados compitan con el negocio franquiciado y, por este motivo, rechazada³⁶⁷.

En la situación de infracción de las disposiciones contenidas en la SBFA, o de la Sección 436.1 del Tít. 16 del *Code of Federal Regulations*³⁶⁸, el lesionado queda legitimado para emprender contra el eventual responsable de tal infracción, acción de rescisión y restitución, además de por daños y perjuicios, incluyendo las costas del litigio.

³⁶⁵ Secc. 4 (C) *Unfair Franchise Practices SBFA, cit.*

³⁶⁶ Secc. 8 SBFA, *cit.*

³⁶⁷ Secc. 11 SBFA, *cit.*

³⁶⁸ Normativa de la Federal Trade Commission referente a la obligación de información precontractual en los negocios de franquicia y en las oportunidades de negocio. La última versión, del año 2003, se puede consultar en www.access.gpo.gov/nara/cfr/waisidx_03/16cfr436_03.html. Sus antecedentes y presupuestos pueden consultarse en el Registro Federal (*Federal Register*), vol. 43, núm. 246, pp. 59.621 y ss.

De haberse aprobado por el Congreso de los EEUU la SBFA, la situación legal de los franquiciados hubiese cambiado sustancialmente. Así, si bien bajo las disposiciones que prescriben la obligación de información precontractual, no cabe acción privada ante su infracción, sujeta a la acción de la *Federal Trade Commission*, bajo la SBFA cabría tal posibilidad.

A más ende, si bien algunos estados eximen de los requisitos que establecen sus legislaciones en materia de *disclosure laws* si se cumple con la *Rule*³⁶⁹, la SBFA no prevé ningún tipo de prelación aplicativa, de forma que, si fuese aprobado, crearía una posibilidad de acción por daños y perjuicios en el Derecho federal que se superpondría a las existentes según los Derechos estatales³⁷⁰.

B.2. La protección del contratante débil en el comercio internacional derivada de la desigualdad injustificada entre las partes y de la imposibilidad y/o dificultad grave de cumplimiento sobrevenida en distintos textos internacionales con especial referencia a la terminación del contrato.

La franquicia es por su propia mecánica un negocio expansivo que frecuentemente se desenvuelve traspasando los límites nacionales. Consecuentemente, si bien no existe ningún tratado que rija sus relaciones internas, sí existe normativa convencional que le es vinculante a efectos determinados. En este apartado tratamos de precisar si existe alguna disposición aplicable al régimen de su terminación o si, al menos, podemos advertir algún principio general del que pueda inferirse la justificación de las indemnizaciones postcontractuales en cuanto que tuitivas de la

³⁶⁹ *The Federal Trade Commission's Franchise Disclosure Rule (Rule)*, cit.

³⁷⁰ Collin, T.J. "State Franchise Laws and the Small Business Franchise Act of 1999: Barriers to Efficient Distribution", *op.cit.*, pp. 1748-1756.

parte más débil. A estos efectos, hemos escogido algunos textos representativos en la contratación internacional sin pretender agotar todas las comparativas posibles. Particularmente, los Principios UNIDROIT relativos a los contratos de comercio internacional, revisados y ampliados en el 2004, las Cláusulas ICC de Hardship y Fuerza Mayor, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, *cit. infra*.

A. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y OTROS TEXTOS DE DERECHO UNIFORME EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. PLANTEAMIENTO.

Contemplando el contrato de franquicia en su variante internacional, esto es, sobre un ámbito de actuación transnacional, no existe normativa convencional que regule la disciplina jurídica del negocio jurídico ni total ni parcialmente en cuanto hace a su terminación y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. La ley que concretamente debe aplicársele ante una eventual controversia se definirá en función de las normas de Derecho internacional privado implicadas, en función, a su vez, del juez que resulte competente³⁷¹.

³⁷¹ La competencia judicial en el ámbito comunitario europeo se determina según lo establecido en el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, de 26 de mayo de 1989, ratificado por instrumento de 29 de octubre de 1990. Y respecto de los países comunitarios y los pertenecientes a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio, se determina por el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en lugano el 16 de septiembre de 1988, ratificado por España el día de 19 de enero de 1994. En ambos casos, el criterio de aplicación genérico es el fuero del domicilio en algún Estado contratante, según rezan sus respectivos arts. 2. (<http://constitucion.rediris.es/principal/NormativaTratadosCooperacion.html>). La ley aplicable a las obligaciones contractuales en el ámbito comunitario europeo, queda definida por el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (Diario Oficial C 27 de 26.01.1998).

No obstante, más allá del recurso a las soluciones establecidas en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, en el comercio internacional es frecuente el recurso al arbitraje, y que en él se resuelva a través de la llamada *lex mercatoria*. Particular importancia reviste en este ámbito los Principios Generales de los Contratos redactados en el seno de UNIDROIT, carentes de obligatoriedad según el Derecho internacional, pero que conservan su virtualidad con distinto alcance para los contratantes en el comercio internacional³⁷².

Según ellos mismos dicen, son ley vinculante para las partes en cuanto que la incluyen en el contrato, *lex contractus*, en función del régimen de la autonomía de la voluntad si su mención es expresa³⁷³, como, a su vez, predicán de sí mismas las Cláusulas

³⁷² En la medida en que son una especie de codificación de las normas fundamentales en materia de contratos internacionales, estos Principios pretenden reforzar expresamente la ley de los comerciantes -*lex mercatoria*. No se trata de un tratado, sino de conjunto de normas elaboradas en un contexto internacional a las cuales las partes de un contrato se pueden referir, o los jueces y/o árbitros pueden aplicar en defecto de un sistema jurídico nacional o un convenio internacional de Derecho material uniforme, según se explicita cumplidamente en Giardina, A., "I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il Diritto internazionale privato)", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 55-70. Sobre su fuerza aplicatoria a los contratos, ver Kahn, Ph. "Les Principes Unidroit comme Droit applicable aux contrats internationaux", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 39-54.

³⁷³ Tal y como reza su Preámbulo, "estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos". Cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje. La conveniencia de esta combinación radica en que la libertad para escoger la ley aplicable al contrato suele estar limitada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, la selección de los Principios sería normalmente considerada como un simple acuerdo destinado a incorporarlos al contrato, mientras que el derecho aplicable al mismo tendría que determinarse basándose en las reglas de derecho internacional privado del foro. Los Principios serían

obligatorios entonces para las partes sólo en la medida en que no afectaran las disposiciones del derecho aplicable que las partes no pueden derogar. La situación podría ser diferente si las partes acuerdan someter al arbitraje las controversias surgidas del contrato. Los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico en particular. Esto es obvio en los casos en que sean autorizados por las partes a decidir como amigables componedores (*ex aequo et bono*). Aún en ausencia de este supuesto, existe una tendencia creciente a permitir a las partes elegir normas o "reglas de derecho" (diferentes al derecho nacional en la que los árbitros deben fundamentar sus decisiones. V. en particular el Art. 28(1) del 1985, Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"); Art. 42(1) del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington de 1965 o "ICSID"). De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los Principios como el derecho aplicable conforme al cual los árbitros deben resolver las controversias. Así, los Principios se aplicarán con exclusión a cualquier otra legislación nacional, con excepción de las normas nacionales de carácter imperativo que sean aplicables al contrato (v. Art. 1.4). Fuente: www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/05-preamble.pdf. En la práctica arbitral podemos encontrar ejemplo de esta aplicación como ley del contrato efectuada en virtud de la previa elección de las partes: así, vid., por ejemplo, en los laudos de 25 de enero de 2002 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry (que deciden sobre indemnización de daños y perjuicios reclamados por una compañía española contra una belga tras la finalización de su contrato, en virtud del cual participaba la primera a la segunda de su proceso de manufactura. Al caso, los concretos principios aplicables, fueron, respecto de la determinación de los daños, los números 7.4.1, 7.4.2, 7.4.3, 7.4.4, 7.4.7, 7.4.9 (2), debiendo tomarse en consideración los arts. 3.10 (2) y el 7.4.12.). Vid., también, el laudo de 17 de mayo de 2002 del mismo tribunal arbitral (<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>). Más frecuente es el recurso a tales Principios, tanto en sede arbitral como ante tribunales nacionales, para completar e interpretar la ley nacional aplicable; así, vid. los laudos arbitrales de 25.11.1994, de la Zürich Chamber of Commerce ; el julio de 1995, del ICC International Court of Arbitration - Brussels; el de junio de 1996, del ICC International Court of Arbitration, Rome; el de septiembre de 1996, del ICC International Court of Arbitration, Zürich; el del 4 de septiembre de 1996, del ICC International Court of Arbitration, Paris; el del 4 de diciembre de 1996, del Ad hoc Arbitration, Rome; el del 17 de diciembre de 1996, del Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic; el del 21 de abril de 1997, del Ad hoc Arbitration, Paris; el del 2 de septiembre de 1997, del International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation; el del 28 de enero de 1998, del 1998 ICC International Court of Arbitration, Paris; el de

ICC³⁷⁴; por el contrario, cuando se ha hecho en el clausulado del contrato una mención genérica a la *lex mercatoria* o a los principios generales del Derecho, su aplicación es potestativa. En cualquier caso, pueden ser tenidos en cuenta en la solución de un punto controvertido, como referencia, cuando no sea posible determinar cuál es la ley aplicable a dicho contrato³⁷⁵. Ahora bien, esta

septiembre de 1998, de la ICC International Court of Arbitration, Milano; el de octubre de 1998, de la ICC International Court of Arbitration, Geneva; el de diciembre de 1998, de la ICC International Court of Arbitration, Paris; el de marzo de 1999, de la ICC International Court of Arbitration; el de mayo de 1999, de la ICC International Court of Arbitration; el de septiembre de 1999, de la ICC International Court of Arbitration; el de agosto de 2000, de la ICC International Court of Arbitration; el de octubre de 2000, de la ICC International Court of Arbitration; el de diciembre de 2000, de la ICC International Court of Arbitration, Barranquilla (Colombia); el de septiembre de 2002, de la Corte Arbitrale della Associazione Italiana Arbitrato; y el laudo del 6 de junio de 2002, de la International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, entre otros. Entre las sentencias, vid., Las sentencias de 30.06.1997, de la Federal Court of Australia; la sentencia de 16.07.1998, del Supreme Court of New South Wales; la de 01.10.1999 del Supreme Court of New South Wales; la de 12.02.2003 de la Federal Court of Australia; la sentencia de 24.01.1996 de la Cour d'appel de Grenoble; y la de 05.03.1997 del RB Zwolle (Países Bajos). Textos accesibles en la página web: (<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>).

³⁷⁴ Cuya vigencia respecto del contrato internacional dependerá de que hayan sido incorporadas, ya sea expresamente o por referencia, según nos indica la "Nota introductorid" a las mismas. Evidentemente, y ha diferencia de los Principios UNIDROIT, el alcance pretendido de dichas Cláusulas es mucho más limitado que el de aquellos, dada la extensión y finalidad omnicomprendiva de los primeros, y restringido al ámbito descrito de los segundos.

³⁷⁵ Como dicen los comentarios oficiales a los Principios, recurrir a éstos en sustitución del derecho nacional aplicable al caso debe ser un último recurso. En este supuesto, la aplicación de los Principios se justificaría no sólo ante la imposibilidad absoluta de identificar la norma de derecho aplicable, sino también el costo o esfuerzo desproporcionado que implica su investigación. La práctica usual de los tribunales ante estas situaciones es aplicar la *lex fori*, pero recurrir a los Principios tendría la ventaja de evitar la aplicación de una ley que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra (vid. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637>). Casos de aplicación como ley del contrato elegido en este tipo de casos por el tribunal arbitral competente lo tenemos en el laudo del Arbitration Institute of the

aplicación en particular de los Principios como “soft law”, está adquiriendo nuevos matices que indicaremos en la conclusión de este epígrafe, según se deriva de la última redacción de los Principios del año 2004³⁷⁶. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, recogen un tenor literal idéntico al Preámbulo indicado de los Principios UNIDROIT, de forma que a ellos son aplicables, *mutatis mutandi*, las mismas consideraciones³⁷⁷.

B. PROTECCIÓN DE LA PARTE CONSIDERADA DÉBIL EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

La protección del contratante débil en la fase de perfección del contrato se encuentra tanto en los Principios UNIDROIT como en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos³⁷⁸. Si bien, en cuanto que estos últimos se adaptan con apenas matización a aquellos, haremos referencia principalmente a los Principios UNIDROIT con las salvedades que en su caso quepan y entendiendo sus conclusiones aplicables a ambos casos. Resulta relevante este punto en cuanto que contempla una situación que recuerda a conceptos propios de la competencia desleal, de cuyas

Stockholm Chamber of Commerce, Court Stockholm, núm. 117/1999 del 2001, reproducido en la Stockholm Arbitration Report, vol. 1, 2002, p. 59 y ss., y comentado por Herbert Kronke en la p. 65 y ss. y por Juan Fernández - Armesto en la p. 71 y ss. del mismo número. Vid., también, el laudo de 31 de enero de 2003 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry (<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>).

³⁷⁶ *Vid.* La última versión disponible, en texto facilitado por la UNIDROIT en www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf

³⁷⁷ *Vid.* Texto completo en: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spank/PrincipiosI+II.doc

³⁷⁸ Art. 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

conductas sancionables en cuanto que empresa dependiente se beneficia en el Derecho español el franquiciado, con relación a la explotación abusiva de esta situación; si bien en un contexto internacional adquiere un perfil específico.

Según la idea que formulan los Principios UNIDROIT, no cabe considerar parte débil en la contratación internacional en el mismo sentido que se puede formular respecto de un consumidor o usuario³⁷⁹. Está claro que en el ámbito del que se trata, las partes se sitúan en cierta posición de igualdad. De esta forma, se contempla la posición de la persona o empresa que es coyunturalmente más débil comparada con su cocontratante³⁸⁰. En concreto, y según el art. 3.10 de los Principios, *“Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva”*³⁸¹.

379 Tal consideración se establece en el art. 3.10 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. El término exacto empleado es el de “Excesiva desproporción”; término contemplado en un momento determinado, el de la conclusión del contrato, y no como situación genérica o propia de una de las partes.

380 Drobnig, U. “Protection of the weaker party”, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, p. 218. El texto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos contiene alguna variación, no sustancial, para indicar la debilidad de la parte. Así, por ejemplo el término empleado es el de “beneficio exclusivo o ventaja injusta”, en lugar del de “ventaja excesiva” utilizada en los Principios UNIDROIT.

381 Según tal norma indica, *“... A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la*

Tal circunstancia debe presentarse en el momento de celebrarse el contrato, ya que de surgir después, el contrato podría modificarse o extinguirse de acuerdo a lo prescrito en el Capítulo 6, sección 2³⁸². Sin embargo, y a diferencia de los Principios que regulan de forma diferenciada esta desigualdad sobrevenida al momento de celebración del contrato y con posterioridad, donde cabe alegar la fuerza mayor y el hardship, las Cláusulas ICC aplican las previsiones que contienen sobre ambas circunstancias a este momento de la perfección del contrato. Ahora bien, es necesario que la parte que la alega ignore tal circunstancia obstativa del cumplimiento. Este juego adelantado de la fuerza mayor y el hardship cabe ser excluido por pacto, se entiende expreso, entre las partes³⁸³.

La expresión "ventaja excesiva" denota que, para permitir la anulación o adaptación del contrato bajo este artículo, no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones, lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable.

parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2)".

³⁸² En las disposiciones de este artículo se contempla las previsiones de "excesiva onerosidad" (hardship), según las condiciones y consecuencias que en él se establecen. Tales previsiones cubren las contingencias no con relación a una parte coyunturalmente más débil, sino respecto de una parte que se encuentra en desventaja debido a los acontecimientos que suceden después de contratar y no previsible en ese momento, tales como el comienzo de una guerra o un terremoto. Vid. Drobniç, U. "Protection of the weaker party", op.cit., p. 220.

³⁸³ Vid. la nota "c" y "d", respectivamente de las Cláusulas ICC.

Además de desproporcionada, la ganancia considerada debe ser también injustificada a juzgar por todas las circunstancias del caso.

a. Posición negociadora desigual

El primer factor es que una de las partes se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica, necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, ligereza, inexperiencia o falta de aptitud negociadora de la otra parte³⁸⁴. En lo referente a la dependencia de una parte frente a la otra, no es suficiente por sí misma que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones del mercado, si bien tal situación es fácil que se produzca en la franquicia especialmente cuando el franquiciado es de un país en vías de desarrollo³⁸⁵.

³⁸⁴ Parágrafo 1.a. Tal y como viene definido en este apartado, se introduce cierto factor de inseguridad en la contratación internacional por la excesiva amplitud con la que se recogen sus términos. El elemento sustantivo de la cuestión es que la parte fuerte tenga conocimiento de la debilidad de la otra, lo cual deriva en una cuestión de prueba. *Vid.* Drobniq, U. "Protection of the weaker party", *op.cit.*, p. 221 y s. Un factor de progresiva seguridad vendrá dada por la hermeneusis que vayan haciendo los órganos arbitrales y judiciales que deban pronunciarse sobre esta cuestión, *vid.* Alpa, G. "La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al Diritto uniforme)", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, p. 242.

³⁸⁵ La diferencia de estatus es fácilmente visible en Derecho interno, respecto del adherente a un contrato de adhesión, o respecto del consumidor; pero en el caso del comercio internacional la disparidad parece menos evidente en cuanto que estamos en presencia de operadores económicos aparentemente provistos de fuerza equivalente. Esta presunción de igualdad no debe estimarse con relación al comercio Norte - Sur donde es más evidente la fortaleza de las sociedades, normalmente multinacionales, occidentales. Ahora bien, la protección de la parte débil recogida en los Principios no se limita únicamente a este supuesto. *Vid.* Alpa, G. "La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al Diritto uniforme)", *op.cit.*, p. 230.

Sobre este particular, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos añade un factor que remarca el conocimiento doloso de la excesiva ventaja injustificada, al exigir que la parte "fuerte", al tiempo de la celebración del contrato "*conociera o debiera haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo*"³⁸⁶.

b. Naturaleza y finalidad del contrato

El segundo factor al que se debe prestar especial atención es el tipo y finalidad del contrato³⁸⁷. Existen situaciones en las que una ventaja excesiva es injustificada, aun cuando el beneficiario de dicha ventaja no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte.

La determinación de este supuesto dependerá de la naturaleza del contrato y su finalidad. Así, una cláusula del contrato que establezca un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, podrá ser considerada una ventaja excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercaderías o servicios de que se trate. De la misma manera, la comisión cobrada por un agente comercial, establecida sobre la base de un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, podría justificarse por la contribución sustancial prestada por dicho agente para celebrar las operaciones, o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, pero podría significar una ventaja excesiva en favor de dicho agente si su participación en dichas

³⁸⁶ Art. 4:109, aptdo. 1.b) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

³⁸⁷ Ninguna previsión se contiene al respecto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

operaciones ha sido insignificante, o si el valor de las mercaderías o servicios llegara a ser extremadamente elevado.

c. Consecuencias.

La consecuencia de tal disparidad produce una situación de anulabilidad. Producido el suceso, la parte más débil debe tomar la iniciativa, dando noticia a la parte más fuerte, según los tiempos y forma establecidas en los arts. 3.14 y 3.15 de los Principios UNIDROIT. Más allá, la regla que inspira tales disposiciones es el de *favor negotii*, puesto que la anulación alcanza sólo a la parte del contrato respecto de la cual se produce la ventaja desproporcionada de la parte³⁸⁸.

Como último de los elementos valorables sobre tales disposiciones, destacar que, como consecuencia de la buena fe contractual, se les otorga carácter imperativo³⁸⁹; lo cual no deja de resultar relativo cuando se predica tal obligatoriedad respecto de unos Principios que en muchos casos no resultarán aplicables a las partes si éstas previamente no los han escogido como ley del contrato, y siempre dependiendo de ante qué órgano, judicial o arbitral, se dirima la controversia³⁹⁰.

³⁸⁸ Así, en virtud del art. 3.10, apartados 2 y 3, (2) a petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del art. 3.13 (2). En el mismo sentido se expresan los apartados 2 y 3 del art. 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

³⁸⁹ En virtud del art. 3.19 de los Principios UNIDROIT, "*Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error*".

³⁹⁰ Drobniq, U. "Protection of the weaker party", *op.cit.*, p. 223.

C. LA FUERZA MAYOR Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS DIFERENTES TEXTOS DE DERECHO UNIFORME.

Con relación a este punto, cotejaremos las previsiones recogidas en los Principios UNIDROIT, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, y en las Cláusulas ICC, así como en el Modelo de Contrato Internacional de Franquicia, asimismo de la ICC³⁹¹. Estos tres textos tratan con un sentido análogo la fuerza mayor, si bien es el último el que lo hace con mayor alcance y precisión y, respecto del hardship sólo nos referiremos a las previsiones del primero y del tercero, pues los Principios de Derecho Europeo de los Contratos nada recogen al respecto.

El objeto de ambos tipos de disposiciones es diverso, en función de las causas que dan origen a una u otra: las cláusulas de fuerza mayor exoneran a una parte de su responsabilidad en el caso de que acontezca un hecho imprevisto y fuera del control de aquél que queda impedido en la ejecución de sus obligaciones contractuales. Las de hardship, o excesiva onerosidad, implican por el contrario una renegociación del contrato si la ejecución de las obligaciones contractuales ha devenido para una de las partes excesivamente onerosa debido igualmente a un hecho fuera de su control³⁹².

Respecto de la fuerza mayor, el objetivo de dichas cláusulas o previsiones no es ofrecer una protección excesiva a la parte que la invoca y que pueda pretender excusar el cumplimiento de sus obligaciones, sino más bien responder de forma efectiva a las consecuencias de una tal eventualidad cuando ésta se produce. A

³⁹¹ Éste último documento puede cotejarse en ICC, *The ICC Model International Franchising Contract*, publicación ICC núm. 557, París: ICC Publishing S.A., 2000.

³⁹² ICC, *Clause de Force Majeure ICC 2003 / Clause de Hardship ICC 2003*, París: ICC Publishing S.A., 2003.

este efecto, en los textos internacionales considerados, se contiene una guía que pretende uniformar la contratación internacional, si bien siempre con carácter subsidiario a la autonomía de la voluntad de las partes³⁹³.

La estructura contenida en el texto uniforme de las Cláusulas ICC, el más completo de los tres, recoge una cláusula general, que define en el sentido indicado el término, una lista no exhaustiva de fenómenos que actúa como presunciones a favor de la parte que invoca la cláusula, las condiciones de validez de su invocación y sus consecuencias, entre las que se encuentra incluso la resolución del contrato; y todo ello en 9 artículos, a los que acompañan unas notas aclaratorias o interpretativas.

En cuanto a la definición o noción de la fuerza mayor, es común tanto en los Principios UNIDROIT como en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, así como en las Cláusulas ICC que, en último punto, se inspiran en los dos textos anteriores. Si bien se fundamenta en distintas inspiraciones nacionales, adquiere un contorno propio distinto del de la tradición jurídica del *common law* y continental³⁹⁴. Una de las diferencias más notables entre

³⁹³ Margen de la autonomía que se desprende del tenor literal de la cláusula 1ª y 3ª de las Cláusulas ICC y de la interpretación otorgada a la fuerza mayor en los mismos Principios UNIDROIT. Nada se dice al respecto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, si bien el margen de la autonomía de la voluntad que establece es el mismo que en los Principios UNIDROIT.

³⁹⁴ Véase el comentario oficial de Los Principios, versión española del correspondiente al art. 7, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/12-chapter7.pdf>, concretamente en la p. 173 de los mismos. Sin embargo, tal afirmación no puede interpretarse en un sentido excluyente de ambas fuentes, sino en el sentido de otorgarle una significación propia; así, por ejemplo, las condiciones de aplicación de la fuerza mayor tal y como está concebida en los Principios acogen las condiciones de aplicación de la misma establecidas por la jurisprudencia francesa: la imprevisibilidad, la exterioridad y la irresistibilidad del hecho obstativo del cumplimiento. *Vid.* Bernardini, P. "Hardship e force majeure", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, p.

dichos textos, es que en las Cláusulas ICC pueden ser invocadas también cuando el incumplimiento es debido a un hecho de tales características que afecta a una subcontrata de quien la invoca³⁹⁵, posibilidad de gran alcance en determinados ámbitos comerciales.

También es original de las Cláusulas ICC el listado que contiene de los acontecimientos susceptibles de considerarse causas admisibles de fuerza mayor, como también es el caso del Modelo de contrato internacional de franquicia elaborado por esta misma institución³⁹⁶. Cuando la parte alega la fuerza mayor invocando alguna de éstas, aún estableciéndose un principio de presunción positivo, no está excluido de toda prueba: ha de demostrar que no ha podido evitar los efectos del acontecimiento señalado, al tiempo que la otra parte puede demostrar lo contrario (presunción *iuris tantum*).

La fuerza mayor debe notificarse por quien la sufre a la contraparte para que le puedan ser atribuidos los efectos pertinentes³⁹⁷. Tal notificación ha de ser sin retraso, puesto que la parte cumplidora no adquirirá responsabilidades por el tiempo

205. Respecto de la noción que el Derecho anglosajón otorga a este concepto, *vid. Cabella Pisu, L. "L'impossibilità sopravvenuta como limite della responsabilità contrattuale nel diritto anglo-americano", Contratto e impresa, 1990, pp. 631-679.*

³⁹⁵ Cláusula ICC 2^a.

³⁹⁶ En esta enumeración se contienen referencias a elementos muy diversos, todos ellos imprevisibles y, en general, imposibles de paliar en sus consecuencias: guerras, declaradas o no, revoluciones, actos de piratería o sabotaje; desastres naturales; explosiones, fuego, destrucción de máquinas o instalaciones; boicots, ocupaciones no consentidas de las factorías; actos de autoridad, legítima o no, etc. *Vid. cláusula 13 ICC, The ICC Model International Franchising Contract, op.cit., p. 43.*

³⁹⁷ Bernardini, P. "Hardship e force majeure", *op.cit.*, p. 209.

transcurrido desde que ocurrió el suceso obstativo y dicha comunicación³⁹⁸.

Las consecuencias atribuidas a la fuerza mayor son provisionales o definitivas sobre el contrato según la propia naturaleza del evento y sus efectos sobre el mismo. La primera de las posibilidades, exonera a la parte perjudicada de todo derecho de compensación pendiente durante la duración de tal acontecimiento, suspendiendo así la obligación³⁹⁹, sin que haya lugar a indemnización o cualquier tipo de penalización por este motivo⁴⁰⁰. En el segundo caso, cuando la duración del obstáculo invocado tenga por efecto privar de manera sustancial a una o a las dos partes de aquello que razonablemente esperan del contrato, cada una de ellas es libre para ponerle fin con la debida notificación. Ahora bien, si por tal resolución anticipada una de las partes ha obtenido ventaja de la ejecución del contrato, deberá indemnizar a la otra en concepto de compensación por un montante igual a tal ventaja⁴⁰¹.

³⁹⁸ Al respecto, mientras que en la Cláusula 5 se limita a excluir toda responsabilidad, en los Principios UNIDROIT incluso se sanciona la falta de notificación en tiempo (art. 7.1.7. aptdo. 3: *Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.*); igual que en el caso del Modelo de contrato internacional de franquicia, *vid.* cláusula 13 ICC, *The ICC Model International Franchising Contract, op.cit.*, p. 44.

³⁹⁹ Art. 7.1.7. aptdo. 2 y Cláusula ICC 4.

⁴⁰⁰ Cláusula 13 aptdo. 6° del Modelo de Contrato Internacional de Franquicia, *vid.* cláusula 13 ICC, *The ICC Model International Franchising Contract, op.cit.*, p. 44.

⁴⁰¹ Cláusulas ICC 8 y 9, así como art. 7.1.7. aptdo. 4 de los Principios UNIDROIT. Apenas encontramos dos aplicaciones en sede arbitral de las disposiciones de los Principios relativas a la fuerza mayor. Un claro ejemplo de éste lo encontramos en el caso mencionado en Böckstiegel, K.H. "The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts involving States or Intergovernmental Organisations", en UNIDROIT Principles of International

Distinta es la situación del *hardship* y, por lo tanto, las consecuencias que en ambos textos se le atribuye.

Se produce tal situación cuando una de las partes alega que la ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un acontecimiento fuera de su control, y que no pudo razonablemente prever en la conclusión del contrato y que, al tiempo, no ha podido evitarlo ni tampoco a los efectos que de él se derivan⁴⁰².

Como el principio general es que el cambio de las circunstancias no afecta la obligación de cumplir (*pacta sunt servanda*)⁴⁰³, la excesiva onerosidad no puede invocarse a menos

Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, suplemento especial del ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC/UNIDROIT (eds.), 2002, p. 51 y ss. En éste, una sociedad norteamericana invierte en una planta de electricidad en un antiguo país de la URSS, con el compromiso de gestionar después del suministro eléctrico mediante un contrato de larga duración que permitiera amortizar la inversión. No obstante, cambian posteriormente las leyes energéticas del país haciendo inviable el rendimiento económico del suministro, de forma que el contrato carece en virtud de las nuevas condiciones de virtualidad. El otro de ellos es parcial en cuanto a su objeto, limitándose a indicar cierto alcance del efecto de la fuerza mayor, al caso la Guerra de Irak de 1990 por la invasión de Kuwait; concretamente, afirma que la terminación del contrato debido a la fuerza mayor no anula la obligación de la parte que sufre el perjuicio de su obligación de devolver el depósito monetario hecho por la otra parte. Vid. el laudo de 23.09.1997, de la United Nations Compensation Commission, en la Recomendación S/AC.26, en caso resuelto por el Panel of the Commissioners, Panel F1 respecto de reclamaciones interpuestas por diversos Gobiernos y organizaciones internacionales con ocasión de la guerra contra Irak por la invasión de Kuwait, en Uniform Law Review / Revue de droit uniforme, 1997, pp. 814-815.

⁴⁰² Cláusula ICC *Hardship* núm. 2 y art. 6.2.2. de los Principios UNIDROIT. No acaba de interpretarse bien la expresa mención en las cláusulas de que la parte que lo alega no debió conocer tal hecho al momento de perfeccionarse el contrato, y sin embargo, en las notas explicativas, retrotrae la aplicación de tales Cláusulas ICC a dicho momento, siempre que la parte directamente afectada no lo conociera.

⁴⁰³ Véase el Art. 6.2.1 de los Principios UNIDROIT, así como la Cláusula ICC *Hardship* núm. 1. Respecto de la primera de las disposiciones citadas, el

que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental. Las circunstancias del caso en concreto determinaran cuándo una alteración es "fundamental"⁴⁰⁴. Aunque este artículo no excluye expresamente la posibilidad de que la excesiva onerosidad (*hardship*) se aplique a otra clase de contratos, por lo general suele

propósito de este artículo es aclarar que, conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos (establecido en el mismo art. 1.3 de los mismos Principios), el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada. Es decir, los términos del contrato deben ser respetados, aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba o aún en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte. De esta forma, queda en evidencia que la toma en consideración de las situaciones del *hardship* deben ser excepcionales, lo que es valorable positivamente, vid. Fontaine, M. "Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 187 y s.

⁴⁰⁴ La institución del "hardship", es equivalente a la "*rebus sic stantibus*" admitida en nuestro Derecho. Aquí no es el momento de hacer un excursus sobre el particular con relación a la contratación internacional. Véase al respecto los comentarios oficiales al respecto, que se pueden encontrar en español en la página <http://www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/11-chapter6.pdf>, así como los comentarios ya citados de Michel Fontaine y de Piero Bernardini en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997. En cuanto a los requisitos de aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*", vid., entre otras, la STS de 21 marzo 2003 [Rº Casación 2282/1997. Sentencia nº 274/2003] y sentencias allí citadas (SSTS de 15 noviembre 2000, 27 mayo 2002, y las de 6 octubre 1987, 16 octubre 1989, 26 octubre y 10 dic. 1970, 23 abril y 8 julio 1991, 6 noviembre 1992, 24 junio 1993 y 4 febrero 1995); según ésta, los "requisitos que la jurisprudencia exige para su invocación son: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumban el contrato por aniquilamiento de las prestaciones; y que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles". Citada en *La Ley. Actualidad civil*, núm. 29, semana del 14 al 20 de julio de 2003, p. 2504. Otra solución propuesta es la adaptación en sede arbitral en el marco de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, vid. García Herrera, A. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 3.986)", *op.cit.*, p. 362.

tener importancia en los contratos de larga duración como el de franquicia.

La consecuencia principal que se le atribuye es la obligación de negociación de buena fe para la contraparte⁴⁰⁵, lo que no excluye la resolución del contrato, de ser inaceptables las nuevas condiciones contractuales.

Por último, conforme a los Principios UNIDROIT, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*force majeure*) pueden presentarse conjuntamente⁴⁰⁶. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar⁴⁰⁷. Si alega la

⁴⁰⁵ Las consecuencias atribuidas al *hardship* en los Principios UNIDROIT y en las Cláusulas ICC han sido mucho más prolijamente descritas en los primeros que en los segundos. Mientras que en estos apenas existe una obligación genérica de negociar teniendo en cuenta la naturaleza del hecho obstativo al cumplimiento, en aquellos incluso se especifica la posibilidad de acudir a la vía judicial para definir las consecuencias necesarias. Así, según el art. 6.2.3 (*Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship)*): "(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio."

⁴⁰⁶ El Código Civil italiano engloba ambas nociones bajo el mismo tratamiento en el art. 1467. Respecto de la onerosidad sobrevenida, no puede ser alegada como causa de resolución si ésta forma parte del riesgo normal o estimado del contrato.

⁴⁰⁷ El propósito de la cláusula de *hardship* no es la resolución del contrato, sino renegociarlo, si es posible. La de fuerza mayor, por otra parte, permiten la inejecutabilidad del contrato, con frecuencia de forma permanente, pero también cabe de forma temporal. Como la frontera entre ambos términos no siempre es clara, un mismo supuesto puede considerarse englobado en ambos conceptos. Resulta útil al respecto el listado de eventos causantes de la causa exoneratoria por fuerza mayor que pueda incluirse en los contratos. Hay previsiones al respecto cuyo recurso puede quedar a la discreción del franquiciador, salvo que provoquen un cumplimiento imposible por un periodo de tiempo largo y continuo. Tales cláusulas deben ser consideradas respecto de los

fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias⁴⁰⁸.

D. EFECTIVIDAD PRÁCTICA DE LAS DISPOSICIONES TUITIVAS DE LOS TEXTOS UNIFORMES RESPECTO DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA.

El valor de estas disposiciones con relación al contrato de franquicia y, particularmente, al momento de la terminación del contrato que nos ocupa, posee una importancia relativa:

Respecto de las disposiciones señaladas en los Principios UNIDROIT y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos relativas a la explotación abusiva de la situación dominante de una de las partes en el momento de la celebración del contrato, podemos señalar algunas objeciones: En primer lugar, propiamente se dirigen al momento de la perfección del contrato, con lo que más bien parece constituir un fenómeno próximo a la institución conocida en general en Derecho comparado del vicio del consentimiento. Por otra parte, dicho concepto, más bien se relaciona con la noción de ganancia o provecho derivado del juego de las prestaciones contractuales que de las consecuencias debidas a la terminación del contrato o de la forma de producirse ésta. A éstas, se añade el amplio margen de discrecionalidad del juez *a quo* en la solución recogida para remediar la desproporción

contratos de máster franquicia, particularmente en cuanto que puedan servir como excusa de no cumplimiento del calendario de desarrollo previsto. Ver, más extensamente, en Unidroit, *Guide to International Master Franchise Arrangements, op.cit.*, p. 215-217.

⁴⁰⁸ Vid. el comentario oficial núm. 6 del art. 6.2.2. de los Principios, *cit.*, p. 154.

denunciada y, por último, por la irrealidad del supuesto en cuanto a la descripción de la "parte débil" se refiere⁴⁰⁹.

Con carácter general, y sin volver a considerar un punto tratado largamente en el primer apartado de este capítulo, respecto de todos estos textos de Derecho uniforme, su virtualidad siempre está condicionada: Así, están supeditados al ámbito de la autonomía de la voluntad⁴¹⁰, aunque ciertamente, en la tendencia actual este principio debe matizarse y habrá que observar con detenimiento su evolución⁴¹¹. A su vez, las previsiones que

⁴⁰⁹ No es que la pequeña o mediana empresa no vaya a salir al mercado internacional, es que pensar que su actuación no va precedida o intermediada por consultores o agentes internos y externos es poco real. Más ampliamente, sobre estas cuestiones y otras matizaciones críticas a la protección de la parte débil recogida en los Principios UNIDROIT *cit.*, *vid.* Pontiroli, L. "La protezione del 'contraente debole' nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?", *Giurisprudenza Commerciale*, vol. I, 1997, pp. 566-606, *espec.* pp. 601 y ss.

⁴¹⁰ La importancia de tales mecanismos en el ámbito comercial internacional no debe ser, con todo minusvalorada. El Derecho uniforme no es un fin en sí mismo, sino que sirve para un fin específico en la contratación internacional que no es baladí. Es cierto que entran a forma parte de la llamada "soft law", en cuanto que sólo pueden ser aplicados si son aceptadas. Poseen un valor "persuasivo", incluido como regulación entre partes por sus méritos intrínsecos y de los que se deriva una completa ventaja de su uso. De hecho, y con referencia a los Principios UNIDROIT, tras 10 años desde su publicación, su éxito ha superado la más optimista de las expectativas, según consta en las estadísticas elaboradas al respecto. *Vid.* Bonell M.J. "UNIDROIT Principles 2004 - The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law", *Uniform Law Review*, 2004, pp. 6-8. Por otra parte, su formulación ha inspirado importantes reformas legales a nivel nacional, como es el caso del Código civil alemán, el *BGB*; así, *vid.* Albiez Dohrmann, K.J. "La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado", *RDP*, marzo 2002, pp. 192 y ss.

⁴¹¹ El contenido de los Principios UNIDROIT en su última redacción del 2004 es más amplio que aquellos de 1994, de forma que respecto de algunos de los puntos tratados surge un interrogante respecto de su compatibilidad con el espíritu de los mismos como "soft law". Efectivamente, si vinculan a los contratantes sólo en la medida en que los han aceptado como *lex contractus*,

contienen, aplicables genéricamente en el contexto del contrato internacional de franquicia, otorgan una protección al contratante considerado débil en momentos concretos de la ejecución del contrato, incluyendo su conclusión, frente a eventualidades extraordinarias o que determinan una imposibilidad total o parcial en su cumplimiento. Sin embargo, por su ámbito genérico aplicable a todo contrato internacional, no contemplan las cuestiones específicas que se derivan de la terminación de estos contratos en cuanto que de confianza, de duración, y donde una de las partes es “dependiente” de la otra desde una óptica económica y comercial.

C. LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL Y LA TUTELA DE LOS CONTRATANTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A TRAVÉS DE FIGURAS TRADICIONALES EN NUESTRO DERECHO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE MÁS DÉBIL: ABUSO DE DERECHO, ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

En la jurisprudencia española relativa al contrato de franquicia no existe apoyo para justificar un tratamiento protector del franquiciado. Cuando ha fallado a su favor una indemnización, ésta tiene su origen en el art. 1124 C.c., esto es, en el

¿cómo se espera que afecten a las relaciones con terceros según establecen, como es el caso de la agencia o transferencia de obligaciones, y con tópicos tradicionalmente regulados por normas imperativas como los plazos de prescripción?. Respecto de aquellas disposiciones que afectan a terceros, nada impide que un principal, o un agente actuando bajo sus instrucciones, pueda acordar con este tercero la aceptación de tales Principios. Respecto de aquellas disposiciones que afectan a normas de Derecho imperativo, las provisiones de los Principios vincularán a las partes en la medida en que no afecte al Derecho aplicable estatal no dispositivo; pero incluso en el caso que hayan sido escogidos com ley del contrato, pueden prevalecer incluso respecto de aquellas normas de orden público estatal que de otro modo hubiera sido aplicable (*siempre que en caso de conflicto, el foro competente sea arbitral, puesto que un tribunal estatal aplicará siempre el Derecho nacional imperativo que corresponda*). Vid.. Bonell M.J. “UNIDROIT Principles 2004 - The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *op.cit.*, pp. 16-19.

incumplimiento previo de alguna de las obligaciones propias de carácter esencial debido al franquiciador. Consecuentemente, la valoración de algún posible estatuto protector del franquiciado parte del estudio sistemático del tratamiento recibido en esta sede por otras figuras con las que encuentra cierta afinidad: el agente, el comisionista, el concesionario.

El reconocimiento de una indemnización postcontractual al contratante más débil respecto de estos contratos fundamentada en esta fragilidad no es frecuente en nuestra jurisprudencia, lo que contrasta con la asiduidad con la que se encuentra este argumento en el *petitum* de la parte que se considera lesionada. El argumento en algunos casos es la naturaleza adhesiva del contrato que implica un natural desequilibrio entre las partes⁴¹², cuestión que enlaza con la normativa sobre condiciones generales de la contratación, que incide indefectiblemente en el contrato de franquicia, según veremos *infra*.

Sin embargo, tradicionalmente, la apreciación de una tal indemnización por nuestra jurisprudencia se ha basado en un doble fundamento posible, cuya valoración, aplicación y consecuencias pecuniarias comportan cauces distintos⁴¹³:

1. Una primera corriente jurisprudencial considera que el hecho generador de la indemnización es el abuso de Derecho en el

⁴¹² Como muestra, relativa al contrato de comisión, la SAP Valencia, núm. 530/1997 de 30 mayo -AC 1997/1145-. La posición favorable al comisionista del Tribunal es tan decidida que admite la pretensión indemnizatoria del comisionista incluso a pesar de la existencia de una cláusula contractual de renuncia de cualquier tipo de indemnización por vencimiento o resolución contractual.

⁴¹³ *Vid.* La SAP Vizcaya núm. 453/1999, de 27 de septiembre -AC 1999/5777-. Resume la doctrina jurisprudencial relativa a la resolución unilateral en los supuestos de exclusividad y de pacto de duración sin limitación temporal en los contratos de distribución de forma genérica, recogiendo la praxis del TS anterior a la LCA.

ejercicio por el empresario "mandante" de la facultad resolutoria *ad nutum* con exclusión de responsabilidad en los contratos de duración indeterminada. Evidentemente, consideración específica y aparte corresponde a la rescisión que corresponda en este caso por incumplimiento de las obligaciones que le son propias.

2. La segunda corriente jurisprudencial estima el concepto indemnizatorio sobre el eje de la clientela adquirida por el agente, comisionista o distribuidor, basándose en la teoría del enriquecimiento injusto⁴¹⁴. En este caso procede una indemnización distinta de la derivada del incumplimiento, siempre que la extinción del contrato "no justificada" vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, y por la que debe ser compensado (origen de tal enriquecimiento injusto); lo que cabe en todo caso de desestimiento unilateral del contrato, ya tenga éste una duración indefinida o determinada⁴¹⁵.

⁴¹⁴ *Vid.* el Fto. Dcho. 2º de la SAP de Vizcaya núm. 453/1999, Montserrat S. Ll." vs. "Creaciones Sigríd, S.L.", de 27 de septiembre -AC 1999/5777-, que en su *ratio decidendi* sobre un contrato litigioso de agencia, resume la doctrina jurisprudencial relativa a la resolución unilateral en los supuestos de exclusividad y de pacto de duración sin limitación temporal en los contratos de distribución de forma genérica.

⁴¹⁵ A modo de ejemplo respecto de uno de los contratos indicados, y sobre los que nos extenderemos más tarde, en los de comisión con plazos determinados de duración la jurisprudencia ha venido reconociendo el derecho del comisionista a indemnización, si bien aplicando criterios diversos: así, la STS de 25 de octubre de 1985 -RJ 1985/4952-, no reconoce el derecho del comisionista a la indemnización por no acreditarse enriquecimiento injusto a favor del comitente ni razones de equidad. Las SSTs de 22 marzo 1988 -RJ 1988/2224- y de 17 marzo 1993 -RJ 1993/2289- reconocen el derecho de indemnización del comisionista ante la resolución unilateral en un contrato de comisión con vocación de estabilidad en el tiempo, fundamentando la indemnización en razón "del disfrute, en su caso, por el empresario que resolvió el contrato, de la clientela captada por el agente cesado, durante la vigencia de aquel contrato resuelto". Por su parte, la STS de 26 de diciembre 1991 -RJ 1991/9603-

Los conceptos de justa causa, abuso del derecho y enriquecimiento injusto se mueven en unos linderos que convergen en la apreciación de la causa indemnizatoria. Enriquecimiento injusto es un término genérico que nutre la apreciación de lucro cesante a efectos de compensar a quien injustamente lo sufre. El lucro cesante, a su vez, es resarcido mediante la institución de la indemnización de los daños y perjuicios, en cuya fundamentación se utilizan criterios referidos al ejercicio abusivo del derecho resolutorio o de la buena fe en la terminación del contrato. La estimación del fondo de comercio como elemento resarcitorio independiente y con valoraciones propias desemboca en la indemnización por clientela en la LCA, sin que, de un lado, excluya la que quepa en función de otros conceptos como indemnización de daños y perjuicios, y de otro lado, quedando bajo el manto de ésta última en aquellos supuestos donde legalmente no proceda bajo tal denominación⁴¹⁶.

reconoce el derecho a la indemnización del comisionista ante la resolución unilateral del contrato por parte del comitente, sin que para el cálculo de la indemnización se acepte el elemento de fondo de comercio.

⁴¹⁶ Profuso ejemplo de todo ello tiene la jurisprudencia relativa al contrato de comisión mercantil. *Vid.* SAP Cádiz, de 21 diciembre 1992 - AC 1992/1627-, relativa a un contrato de comisión en la que la indemnización por clientela - técnicamente por daños y perjuicios por clientela obtenida- se estima como condición procedente derivado del incumplimiento ilícito y culpable del comitente. Igualmente para el caso de ejercicio abusivo del derecho de resolución unilateral establecido en el art. 279 C.co. a través de una extemporánea y provechosa denuncia unilateral de lo estipulado por preceder a la rescisión un preaviso inexistente o insuficiente, siempre que comporte como consecuencia el enriquecimiento injusto del concedente y no haya quedado demostrada justa causa; *vid.* SAP Córdoba, de 2 abril 1992 -AC 1992/618-. SSTs de 18 marzo y 28 mayo 1966 (RJ 1966/1288 y RJ 1966/2842); STS, de 19 diciembre 1985 -RJ 1985/6600- (ejercicio abusivo); STS núm. 166/1998, de 3 de marzo -RJ 1998/1129- (aplicable la doctrina del TS relativa al contrato de comisión en Sentencia de 21 de diciembre 1963 (RJ 1963/5363). Sin embargo, no acepta el fundamento indemnizatorio basado en la resolución abusiva del vínculo con ocasión de la ausencia o de la inefectividad por premura del preaviso, la SAP Vizcaya núm. 217/2000, de 7 de marzo -AC 2000/1073-, habida cuenta

C.1. La tutela postcontractual del franquiciado a través de la institución del abuso de derecho.

Si la buena fe en el ejercicio de los derechos y en materia de contratación aparece configurada por el legislador con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta⁴¹⁷, en este tipo de contratos, llamados de colaboración, basados en el *intuitu personae*, la noción del abuso exige de las partes que, incluso en el caso de optar por el desestimiento del contrato cuando se tiene derecho a ello, se actúe dentro de los límites de la equidad y buena fe debida⁴¹⁸, evitando

que la revocación del contrato de comisión mercantil no lo exige al ser revocable en cualquier momento (art. 279 C.co.), con lo que ninguna indemnización puede ser concedida a favor del actor por la falta de preaviso de la demandada.

⁴¹⁷ Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato, op.cit.*, pp. 174 y ss. Afirmación que recoge la STS de 15 de noviembre de 1990. Sobre esta aplicación como básico a los contratos del principio de buena fe, *vid.* SSTS de 23 febrero 1988, 20 de febrero 1988 y de 3 de febrero 1988, citadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *Código Civil y Jurisprudencia concordada*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 101. Específicamente en el ámbito contractual mercantil, el art. 57 C.co. establece que los contratos mercantiles se ejecuten y cumplan "de buena fe,..." de forma que se atienda a la finalidad económica que las partes han perseguido. *Vid.* Uría, R., Menéndez, A. y Vérguez, M. "El contrato mercantil" en *Curso de Derecho Mercantil*, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), Madrid: Civitas, 2001, p. 42.

⁴¹⁸ La SAP Vizcaya núm. 862/2000, de 1 de diciembre -AC 2002/719- dice al respecto que "Tratándose de un contrato de tracto sucesivo y de confianza o personalista, cuando se produzca una **resolución unilateral** han de respetarse los modelos de **buena fe** y **mutua confianza** (STS de 20 de enero 2000; STS de 30 noviembre 1999)". Así las SSTS de 17 diciembre 1973 (RJ 1973/4788) y 3 de julio 1986 (RJ 1986/4408) señalan que ha de utilizarse siempre la buena fe, recogiendo la Sentencia de 17 de diciembre de 1973, que procede la indemnización cuando el contrato se da por terminado sin motivo alguno o cuando se resuelve indebidamente el contrato (*Vid.*, relativas a la necesidad de la buena fe en la resolución del contrato las SSTS de 11 febrero 1984 -RJ 1984/646-, 3 marzo -1987/1409- y 30 junio 1987 -RJ 1987/4832-, la de 18 diciembre 1995, la de 31 diciembre 1997 y la de 18 de julio 2000 -RJ 2000/6809-).

perjuicios innecesarios a la contraparte⁴¹⁹. Por ello, la jurisprudencia estima que se ha procedido de forma maliciosa⁴²⁰ cuando no se ha preavisado de la intención de romper el contrato con antelación al vencimiento previsto⁴²¹, no hay causa calificable

⁴¹⁹ De forma muy gráfica y sencilla lo explica la Sentencia TS núm. 6/2000, de 20 enero -RJ 2000/112-, que incide en que, al tratarse de un contrato de confianza, cuando se produzca una resolución unilateral ha de respetarse esos modelos de buena fe y mutua confianza evitando perjuicios a aquél que prestó su aparato y estructura negocial para servir a los intereses de la contraparte. El argumento, aplicable a toda clase de contrato de colaboración, incluyendo al de franquicia que en último término nos ocupa, es de una lógica natural, que reclama para el mundo económico un postulado nada economicista, sino más bien de índole personal: no parece que entre partes que una vez fueron estrechos colaboradores y que contrataron por la fe que recíprocamente se inspiraban, deba dejarse sin consecuencias los perjuicios que causa la ruptura antinatural y maliciosa del contrato. Abundando en esta idea cabría defender la tesis de la protección por el daño moral producido y no sólo por el meramente económico. En apoyo de esta tesis, L. Díez-Picazo señala una corriente de pensamiento dentro del Derecho privado que propugna la introducción de corrientes de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados que de otra manera se consideran contrarios a los postulados de la justicia. Significa un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales. Principio de buena fe que se encuentra sancionado como principio inspirador de todo el Derecho patrimonial. La ruptura abusiva del contrato supone quebrar la lealtad creada entre las partes, la confianza recíproca, y justifica que se contemple su resarcimiento. *Vid.* Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *op.cit.*, p. 48-52. (Sobre la posibilidad de indemnizar por daños y perjuicios el daño moral volveremos más tarde al considerar los conceptos indemnizables).

⁴²⁰ La buena fe no es sólo un estado de ignorancia, sino una situación de corrección y equidad en la conducta, y existe mala fe cuando se ejercita el derecho de forma desproporcionada, aunque no exista una especial malicia de ánimo. *Vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Mala fe y Abuso", en *Comentarios al Código Civil*, Elcano: Aranzadi, 2001, p. 48.

⁴²¹ Habida cuenta que la LCA impone un plazo de preaviso, consecuencia lógica de la lealtad y buena fe que han de presidir las relaciones comerciales entre las partes, el prescindir de ese plazo por la mera decisión e interés de una de las partes supone un incumplimiento abusivo, como señala la SAP Tarragona núm. 229/1999 de 4 de junio -AC 1999/6023-. En el mismo sentido, *vid.* SAP Baleares núm. 129/2000, de 23 de febrero -AC 2001/2427-. Ahora bien, aunque volveremos más tarde sobre el particular, la ausencia o insuficiencia por

como justa o resulte arbitraria y con daño para la otra parte⁴²². Conceptos, por otra parte, también conocidos en otros ordenamientos jurídicos⁴²³, y particularmente en algunos Estados norteamericanos según hemos visto.

acortamiento del tiempo previsto de preaviso precisa, al tiempo, que tal extinción anticipada del contrato no permita al agente amortizar los gastos que instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato, *vid.* SAP Valencia núm. 596/2000, de 15 de julio -AC 2000/2594-. Alguna Sentencia, incluso, equipara la causa, falta del aviso debido del desestimiento practicado, y el efecto, la indemnización de daños y perjuicios, calificados como "un mismo concepto", *vid.* SAP Vizcaya, de 17 diciembre 1997 -AC 1997/2397-. Esta obligación legal del preaviso, cierta jurisprudencia minoritaria la sitúa fuera de la LCA, de forma que sobre la premisa de que las indemnizaciones establecidas en la LCA no excluyen la que corresponde por daños y perjuicios en el caso de resolución injustificada, en cuyo caso se aplicará los arts. 1101 y 1124 C.c. por remisión del art. 50 C.com., afirma que la indemnización de daños y perjuicios producidos por la brusca rescisión sin motivo se funda en los mencionados preceptos sustantivos civiles generales; así, *vid.* SAP Valencia núm. 909/1998, de 3 de noviembre -AC 1998/2297- y la SAP Sevilla núm. 317/2001, de 7 de mayo -AC 2001/1193-. Si bien considero que la interpretación no es adecuada por sí entender subsumible en el art. 29 LCA el supuesto mencionado, en cuyo caso *lex specialis derogat lex generalis*, el razonamiento es útil para fundamentar tal concepto indemnizatorio respecto de los otros contratos de colaboración, particularmente en cuanto nos interesa, el de franquicia.

⁴²² *Vid.* en sede de Audiencias Provinciales, respecto del contrato de distribución exclusiva, la SAP Granada núm. 313/1999, de 4 mayo -AC 1999/966-, la SAP Jaén núm. 218/1996, de 7 junio -AC 1996/1062-, la SAP Barcelona, de 10 mayo 1996 -AC 1996/874-, la SAP Pontevedra núm. 113/2000, de 15 de marzo -AC 2000/906-, la S AP Barcelona (Sección 15), de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-. En igual sentido se pronuncia la Jurisprudencia del TS, así las SSTs de 29 octubre 1955 -RJ 1955/3090-, y 31 diciembre 1970 -RJ 1970/5643-, de 30 junio 1987 -RJ1987/4832-, de 3 junio 1994 -RJ 1994/4582- y 4 julio 1994 -RJ 1994/6424- y de 25 enero 1996 -RJ 1996/319.

⁴²³ En la práctica italiana, la aplicación judicial de la buena fe en los contratos ha resultado con frecuencia en virtud de la baremación efectuada de los intereses de las partes entre sí; aplicación subjetiva que ha ido cediendo a la decisión por medio de criterios objetivos y relevantes, que no descuidan los intereses en conflicto: la actuación de la finalidad contractual, el programa contractual, el equilibrio económico de la relación negocial, etc. *Vid.* D'Angelo, A. "La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale", *Contratto e impresa*, 1990, pp. 702-755.

La noción de abuso de derecho resulta un tanto ambigua, pareciendo dar pie a la inseguridad jurídica al dejar en manos del juez, producido el hecho litigioso, su valoración sobre contornos no muy precisos. Por otra parte, parece casar mal con el derecho reconocido en la jurisprudencia para los contratos de duración indefinida de resolución *ad nutum* con exoneración de responsabilidad.

El punto de ensamblaje lo da el art. 7.1 C.c., donde la buena fe se presenta como límite al ejercicio del derecho subjetivo⁴²⁴; si se sobrepasa, el ejercicio del derecho se torna inadmisibile y es reprobado por el ordenamiento jurídico⁴²⁵. Conforme a esta afirmación, es doctrina constante de nuestra jurisprudencia que la predicada facultad rescisoria se entiende sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que pueden derivarse⁴²⁶. Así, el

⁴²⁴ El apartado 1 del art. 7º del C.c. contiene un mandato del legislador: los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, expresión normativa, positivación de uno de los principios generales del Derecho tradicionalmente reconocidos en nuestro Ordenamiento. *Vid.* sobre el concepto y la apreciación de la buena y mala fe la SSTS de octubre de 1991, la de 6 de junio de 1991, la de 11 de mayo de 1991, la de 8 de marzo de 1991 y concordantes, comentadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110. Asimismo, *vid.* también Gullón Ballesteros, A. "Comentario al art. 7.1. C.c.", en *Comentario del Código Civil*, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Barcelona: Bosch, Tomo I, 2000, p. 395 y ss. y también, Farré Alemán, Josep M^a., "art. 7", *Código Civil comentado y concordado*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 49 y ss. Más allá de la buena fe, el acto del ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico, y ello obliga a reconocer al lesionado unos medios de defensa que le legitimen para enervar la pretensión del titular del Derecho, como indica Gullón Ballesteros, A. "Comentario al art. 7.1. C.c.", en *Comentario del Código Civil*, *op.cit.*, p. 396; al caso, la indemnización de daños y perjuicios es el instrumento idóneo y específico de reparar el daño, ya que siendo contratos basados en la confianza recíproca, tras la ruptura maliciosa acreditada, aquella queda definitivamente destruida.

⁴²⁵ Sent. AP Jaen núm. 93/2001, de 7 febrero -AC 2001/964-.

⁴²⁶ Así, genéricamente lo establece la STS núm. 1219/1997, de 31 diciembre RJ 1997/9488-, que decide sobre un contrato atípico llamado de colaboración en su

hecho generador de la indemnización de daños y perjuicios vendrá determinado por el probado abuso de derecho en tal resolución – art. 7.2. C.c.-, *materializado en la ausencia de interés para su ejercicio, y ser contrario a los fines económicos que lo justifican*⁴²⁷.

Se entiende que no existe tal abuso si no se ha infringido la equidad ni la buena fe por parte de la demandada⁴²⁸, lo que no ocurre, por ejemplo, cuando se ha pactado la fecha⁴²⁹.

Debe entenderse siempre que el recurso al abuso del derecho para enervar su ejercicio es excepcional, entendiendo que no se puede aprovechar la excepción para bloquear el funcionamiento en cada una de las instituciones jurídicas⁴³⁰. En este sentido, la

Fto. Dcho. 1º, donde afirma que *"en los casos en los que no se atiende y se prescinde del deber obligacional asumido de preavisar, la denuncia unilateral del contrato, no excluye en modo alguno las consecuencias indemnizatorias derivadas de tal incumplimiento por representar desestimiento unilateral, que si bien resulta procedente, se lleva a cabo en forma arbitraria y en perjuicio de la parte colaboradora."* Cfr. SSTS de 27 mayo 1993 -RJ 1993/3986-, 18 diciembre 1995 -RJ 1995/9149-, 25 enero 1996 -RJ1996/319- y 14 febrero 1997 -RJ 1997/1418-.

⁴²⁷ Fto. Dcho. 3º de la SAP Málaga núm. 146/1996 de 5 marzo -AC 1996/544-.

⁴²⁸ STS, de 3 julio 1986 -RJ 1986/4408-, Cfr. SSTS de 28 de mayo de 1966 -RJ 1966/2842- y de 14 de febrero 1973 -RJ 1973/472-.

⁴²⁹ *Vid.* Sentencia del TS de 15 de octubre de 1992 -RJ 1992/7823-. Cfr. SSTS de 17 de dic 1973 -RJ 1973/4788-, de 6 de marzo 1978 -RJ 1978/767-, de 21 de abril 1979 y de 30 de junio 1987 -RJ 1987/4832-. Salvo que, aún estando previsto en el contrato la resolución por parte de la concedente, éste resulte manifiestamente arbitraria, como es el caso de haberla fundado en un incumplimiento contractual no decisivo y, además, no admitida por la contraparte, *vid.* STS núm. 360/2000, de 26 de abril -RJ 2002/5244- y concordantes, SSTS de 23 marzo 1988, 16 octubre 1995 -RJ 1995/9149-, 14 diciembre 1995 y 11 marzo de 1996 -RJ 1996/2417- y 18 julio 1997 -RJ 1997/5522-.

⁴³⁰ Este "peligro", que supone la aplicación del principio de forma indiscriminada y general dada su naturaleza abstracta, que puede llevar a la inutilización de ejercicios legítimos de derechos sacrificados en nombre de la buena fe, aparece resuelto en cuanto a la orientación que debe dársele en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que sancionó con fuerza de ley el texto

jurisprudencia ha señalado como requisitos de su apreciación: a) el uso de un derecho objetivo y estrictamente legal, b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y, c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (intención de perjudicar), o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio del derecho)⁴³¹.

C.2. La tutela postcontractual del franquiciado a través de la institución del enriquecimiento injusto.

Según la teoría general del negocio jurídico patrimonial, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considere como justas. Siendo imposible establecer como principio general del derecho la necesidad de un reexamen y de una revisión de todos los lucros obtenidos para medir su justicia, en algunos casos se produce la revisión del lucro obtenido en los que se valora como digno de tutela el interés de la parte desposeída y se desprotege el interés de la que se ha enriquecido, a través del estricto

articulado del Título Preliminar, al afirmar que no se pretende con ello "una alteración del juego de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas", de forma que opera como un cláusula de cierre del sistema operante en defecto de preceptos concretos que otorguen a la buena fe el efecto correspondiente. *Vid.* SSTS de 9 de octubre de 1986 y de 27 de mayo de 1988, citadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110.

⁴³¹ La actuación objetiva de esta cláusula tan general que supone operar "según la buena fe", toma en cuenta un modelo de conducta que la conciencia social exige en un momento dado; aunque, ciertamente, no queda excluida cierta dosis de subjetivismo en el aplicador del Derecho, pues éste es el que ha de captar el modelo de conducta apropiado en cada ocasión. *Vid.* SSTS de 5 de marzo de 1996, de 2 de noviembre de 1990, de 23 de diciembre de 1992, de 19 de noviembre de 1991, de 16 de octubre de 1991, de 22 de mayo de 1991, de 26 de mayo de 1989 y de 22 de octubre de 1988, citadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110.

mecanismo de considerar falta de causa la atribución patrimonial producida⁴³².

El reconocimiento expreso de este concepto resarcitorio en esta sede es la indemnización por clientela, estimada como tal en una profusa jurisprudencia especialmente tras la LCA; reconocimiento que, precisamente, hace innecesario el recurso a la doctrina general de este principio con relación a la agencia⁴³³. Con anterioridad a su promulgación o en aquellos supuestos en los que se estima que no es aplicable, la compensación al comisionista, mandatario o agente por el rédito postcontractual que comporta el fondo de comercio por él generado o aumentado encuentra difícil acomodo⁴³⁴, justificándola una abundante jurisprudencia en la

⁴³² Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *op.cit* , pp. 89 y ss.

⁴³³ Cuando se trata de situaciones previstas por las normas en relación con figuras jurídicas determinadas, no hay necesidad de recurrir a la doctrina general del enriquecimiento injusto; de esta forma, podemos hablar de cierto carácter subsidiario de la acción por este motivo, que supone que no ha de existir otro recurso legal para obtener el mismo resultado. *Vid.* Puig Brutau, J. "Obligaciones derivadas de un enriquecimiento injusto", *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen 3º, Cap. 2º, 1983, p. 43-74. En contra del carácter subsidiario de la acción Ragel Sánchez, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 397. *Vid.* también, en contra del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto algunas SSTs; entre otras, la STS núm. 1129/1994, de 14 de diciembre -RJ 1994/1011-, la núm. 472/1993 de 19 de mayo -RJ 1993/3803-, la de 20 de mayo 1993 -RJ 1993/3809- y la núm. 381/1996 de 5 de mayo -RJ 1997/3672-.

⁴³⁴ Así, nos encontramos con la extraña formulación jurídica que permite sobre la base inespecífica de los arts. 244 C.co. y en los arts. 1101 y 1254 y ss. C.c. considerar que la indemnización que cabía pedir por resolución unilateral del contrato podía y debía desglosarse en la derivada de daños y perjuicios -ex art. 1101 C.c.- y en la derivada de la ventaja que su actuación puede reportar al concesionario que de manera abusiva resolvió el contrato de agencia. Al mismo tiempo, la medida de esta ventaja se medía conforme a lo establecido en la LCA -aportación de nuevos clientes o incremento notable de los mismos-, no aplicable de forma directa pero sí tenida en cuenta a la hora de interpretar la legislación aplicable en honor a la equidad. Todo este conjunto de elementos que mezcla una

indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, concepto resarcitorio ya incluido tras la LCA en el cálculo de la indemnización por clientela⁴³⁵.

Para que en la acción de enriquecimiento la pretensión indemnizatoria pueda prosperar es menester que el enriquecimiento se revele de alguna manera como injustificado⁴³⁶.

fundamentación jurídica genérica, el abuso de Derecho en la resolución y cierta aplicación "equitativa" de la LCA, se resuelve en la admisión de la indemnización por clientela, denominado aquí ventaja derivada de la forma de resolver. *Vid.* SAP Málaga núm. 466/1998, de 2 de julio -AC 1998/1591-, particularmente en sus Ftos. Dcho. 5º y 6º.

⁴³⁵ Gráficamente lo describiré el Fto. Dcho. 5º de la SAP Castellón, núm. 511/1999 de 29 diciembre -AC 1999/2558-, al afirmar que "*no es extraña la asimilación conceptual, habida cuenta que entre los criterios que en su caso han de determinar la indemnización por clientela se cuenta el referente a las comisiones que pierda el agente, según el art. 28.1 LCA, esto es, los ingresos esperados y no logrados. Y es bien sabido que la que el art. 1106 C.c. denomina "ganancia que haya dejado de obtener el acreedor" es conocido como lucro cesante*". Tal asimilación conceptual puede verse también en SAP Valencia núm. 909/1998, de 3 de noviembre -AC 1998/2297-; la SAP Sevilla de 26 de marzo 1998 -AC 1998/597-, la STS núm. 989/1997 de 15 de noviembre -RJ 1997/8126- y la STS de 22 de marzo 1988 -RJ 1988/2224-, así como las SSTS de 24 de febrero y 27 de mayo de 1993 (RJ 1993/1298 y RJ 1993/3986). Es necesario observar que en todas estas sentencias la fundamentación jurídica de la indemnización por clientela, independientemente de la base normativa empleada apoyada o no en la LCA, siempre subyace el principio de resarcimiento compensatorio del enriquecimiento injusto operado.

⁴³⁶ Para que la acción exista, debe, pues, faltar una causa justa de la atribución patrimonial. Por justa causa de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia. *Vid.* Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *op.cit*, p. 103 y s. Trasponiendo la teoría general al supuesto de terminación del contrato, el aprovechamiento unilateral de la clientela no cabe atribuirlo a un negocio jurídico en vigor entre las partes, pues partimos precisamente de su fin (salvo que en éste se haya pactado tal cosa, cediendo el cesionario, agente, distribuidor, *franquiciado*, de su derecho, y siempre a cambio de una contraprestación económica que lo justifique), ni existe norma que ampare tal

El elemento que permite valorar la procedencia de la indemnización no es el origen abusivo o la terminación culpable, sino si la resolución contractual trae como consecuencia el beneficio reportado únicamente por el mandante de la clientela aumentada o generada por el mandatario⁴³⁷. Es lo que la doctrina llama la "condictio" de prestación⁴³⁸.

Como consecuencia, este tipo de indemnización no debe venir ligada a nociones del tipo "denuncia abusiva", culpa, dolo, incumplimiento o "mala fe"⁴³⁹. La causa, independizada en la doctrina del enriquecimiento sin causa de cualquier idea de culpa,

atribución patrimonial al empresario principal del fondo de comercio obtenido con el esfuerzo de aquél.

⁴³⁷ La indemnizabilidad del disfrute por el empresario mandante de la clientela captada por el agente cesado se derivaría de la función económica del contrato: crear la clientela donde falta, aumentar la existente e, incluso, al menos mantenerla, según la SAP Murcia, núm. 16/1997 de 25 de enero -AC 1997/127-.

⁴³⁸ Como una de las tipologías que configura las pretensiones o acciones de enriquecimiento. El término "condictio" es la acción dirigida a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado. Entre los diferentes casos cubiertos en este tipo se encuentra la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato bilateral resuelto por incumplimiento o por desaparición de la base del negocio. En este supuesto, el objeto de la acción restitutoria es el mismo que hubiera tenido la atribución realizada por el demandante a favor del demandado a través de la reintegración del equivalente pecuniario. A tal efecto se establecerá el valor del enriquecimiento a través del valor del mercado o valores comunes, con referencia al momento en el que se produce, deduciendo los gastos necesarios que el enriquecido hubiera tenido para obtenerlo. *Vid.* Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *op.cit*, p.105 y s. y 110.

⁴³⁹ Para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe. A sensu contrario, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, que podrá dar lugar a otro tipo de responsabilidades, no basta por sí sola para dar vida a la figura del enriquecimiento sin causa. *Vid.* SSTs núm. 1129/1994, de 14 de diciembre -RJ 1994/1011-, de 31 de marzo 1992 -RJ 1992/2315-, y de 30 de septiembre 1993 -1993/6754-

debe referirse principalmente a la ausencia de justificación en una adquisición patrimonial; adquisición que se produce por la especial naturaleza de la ventaja no recuperable por su naturaleza. La justificación de las atribuciones patrimoniales es la existencia de un título válido legitimador de las mismas: o bien la existencia de una voluntad transmisiva válida para el ordenamiento jurídico (negocio jurídico como causa), o bien la existencia de una norma jurídica que imponga una transmisión (ley como causa). Respecto de la primera, sucede que en los actos de atribución patrimonial *inter vivos*, la efectividad de la transmisión sólo tiene trascendencia jurídica cuando se quiere enriquecer, o cuando se corresponde con otra correlativa –contraprestación-. La falta de uno de estos elementos conduce a la no-justificación de una ventaja⁴⁴⁰.

La cuestión que debe dirimirse respecto del contrato de franquicia es si el franquiciado posee con justa causa la clientela cautiva del negocio franquiciado tras su finalización ya total ya parcialmente y, en caso afirmativo, el mecanismo jurídico apropiado para la retribución de los réditos que por su adquisición o incremento legítimamente lo correspondan.

C.3. La tutela postcontractual del franquiciado y la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

A. CONEXIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CON EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y APLICABILIDAD A ÉSTE DE LA LCGC.

El fenómeno de la estandarización de los contratos viene siendo señalado por la doctrina desde hace varios años respecto de amplios sectores de la contratación mercantil internacional. Tal

⁴⁴⁰ Álvarez-Caperochipi, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada: Comares, 1993, pp. 93 y ss.

fenómeno comporta la creciente difusión de los contratos-tipo y de condiciones generales en contratos de adhesión que operan un desplazamiento del riesgo sobre la parte económicamente más débil. En su virtud, la reglamentación contractual predispuesta mediante condiciones generales y contratos estándar supone un riesgo de abuso de poder económico de la parte negociadora prepotente, insito en la atribución injustificada de los riesgos de la ejecución del contrato sobre la parte más débil en la contratación⁴⁴¹. La franquicia, tanto en el ámbito interno como especialmente en su creciente internacionalidad, no es ajena a este peligro⁴⁴².

Ejemplo de esta cuestión en la práctica comparada es la cláusula resolutive expresa en virtud de la cual el franquiciador se garantiza un receso *ad nutum* del contrato en incumplimientos de

⁴⁴¹ Sobre el particular, *vid.* ampliamente en Gondra, J.M. "Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional", en *Estudios en homenaje al profesor R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 231-247.

⁴⁴² Planteamiento desarrollado en Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 133-136. Naturaleza adhesiva del contrato de franquicia justificada, además, "...porque la credibilidad y rentabilidad de la marca comercial que distribuye está íntimamente ligada con que la franquiciada cumpla con las obligaciones pactadas y alcance el rendimiento apetecido", según afirma la SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-. Naturaleza adhesiva del contrato de franquicia señalada igualmente por la doctrina alemana, -*vid.* Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, *op.cit.*, *passim*. También Liesegang, H. *Der Franchise-Vertrag*, *op.cit.*, p. 6 y s., n.p. 5 en p. 17-, y el mismo autor que, con consecuencia, estima aplicable la normativa germana sobre condiciones generales de la contratación a la franquicia en "Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge", *Betriebs-Berater*, núm. 34, 1991, pp. 2381-2385. Aplicabilidad afirmada por la jurisprudencia teutona, así *vid.* OLG München, Sentencia de 26 de junio de 2002 - 7 U 5730/01, *Betriebs-Berater*, vol. 49, 2002, pp. 2521-2524. A su vez, a doctrina italiana postula en la misma línea la aplicación de los arts. 1341 y 1342 del Código Civil italiano al contrato, -*vid.* Frignani, Aldo *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-*

importancia no grave, evitando así el requisito establecido con carácter general en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno de la gravedad de los mismos para justificar la resolución⁴⁴³.

En España las condiciones generales de la contratación están reguladas en la actualidad por Ley de 1998⁴⁴⁴, que modifica en este punto a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984⁴⁴⁵. Con un carácter específico debe mencionarse la reciente

out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Turín: G. Giappichelli Editore, 1991., p. 238.

⁴⁴³ *V.gr.* el art. 1124 C.c. y el 1455 del C.civ. italiano. Particularmente en este último país si bien la doctrina y la jurisprudencia dominante negaron que tal cláusula resolutoria expresa fuera considerada como condición general de la contratación en el sentido de los arts. 1341 y ss. del mismo cuerpo legal, en la actualidad ha cambiado de signo dicha tendencia. *Vid.* *recensión de las distintas posturas en Delli Priscoli, L. Franchising e tutela dell'affiliato, op.cit.*, pp. 88 y ss. En sentido similar, la doctrina francesa entiende que para que la cláusula resolutoria expresa sea válida, deber ser redactada en términos no ambiguos y no puede penalizar incumplimientos que no sean reales y precisos, evitando utilizaciones abusivas de este mecanismo por el franquiciador. *Vid.* Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage, op.cit.*, 1990, p. 100. Sobre el particular, la *Cour de cassation* presta una función de vigilancia para controlar que su aplicación ha sido actuada de buena fe, según indica (Le) Tourneau, Ph. *Les contrats de franchisage, op.cit.*, p. 274. Esta práctica que recoge una serie de condiciones resolutorias referidas a determinados actos del franquiciado, ha sido autorizada por la jurisprudencia española respecto del contrato de franquicia en la SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-, *cit.*

⁴⁴⁴ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyo objeto es, en parte, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación (según indica la Exposición de Motivos de la misma LCGC).

⁴⁴⁵ Véase el comentario de dicha ley realizado en Uría, R., Menéndez, A. y Vérguez, M. "El contrato mercantil", *op.cit.*, p. 54 y ss.

Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴⁴⁶, sobre la que más tarde haremos una mención.

Según indica el art. 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. A estos efectos es indiferente si una o varias cláusulas aisladas han sido negociadas individualmente, siempre que se trate de un contrato de adhesión. El precitado art. 1 define las condiciones generales sobre la base de cuatro elementos esenciales: contractualidad, predisposición, imposición, incorporación y generalidad. La aplicación tuitiva del franquiciado de sus disposiciones depende, por lo tanto, de que el contrato de franquicia cumpla tales requisitos.

En cuanto a la contractualidad de las condiciones generales, en cuanto que han de formar parte de un contrato, se cumple perfectamente respecto de la franquicia sin que merezca ulteriores explicaciones. Respecto de su predisposición, es decir, su redacción previa, tal es el caso de este negocio jurídico donde el franquiciador ya tiene preparado su contrato que se limita a ofrecer a aquél que quiera formar parte de la red. Por esta misma razón reúne el requisito de la imposición, opuesto al de negociación, independientemente, como dice la Ley, del margen negociador

⁴⁴⁶ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (B.O.E. núm. 314, de 30 diciembre 2004, pp. 42334 y ss.).

dejado en alguna cláusula o algunas dentro de un general impuesto o no negociado⁴⁴⁷.

Por último, la generalidad exige que las cláusulas tengan que haber sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, circunstancia que tampoco es obstáculo para la aplicación de la LCGC a la franquicia. Efectivamente, aunque se trate del primer contrato que realice un franquiciador tras la oportuna experimentación en los establecimientos piloto, la mecánica del negocio es expansiva, de forma que con mayor o menor éxito buscará concertar nuevos contratos dentro del mismo esquema.

La delimitación del ámbito subjetivo de la LCGC da cabida igualmente al contrato de franquicia, que de otro modo podría haberse cuestionado respecto de la persona del franquiciado en cuanto que empresario, ya que la ley entiende su virtualidad cuando el adherente es persona física o jurídica⁴⁴⁸.

En cuanto a la territorialidad de la LCGC, especialmente respecto de los contratos de franquicia, será aplicable a estos tanto si tienen un carácter meramente interno, como a aquellos internacionales cuya ley aplicable sea la española o, incluso, a aquellos contratos internacionales de franquicia regidos por un

⁴⁴⁷ De otro lado, elemento inherente a la exigencia de la imposición es también el hecho de que se vincule la aceptación de las condiciones generales a la celebración del contrato, teniendo en cuenta, además que las condiciones deben aparecer en bloque (la Ley dice: "...cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato..."). *Vid.* Arroyo Martínez, I., "Comentario al art. 1", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 27 y s. En este sentido, con independencia que las partes en la franquicia negociarán quizás acerca de la ubicación de local de negocio o del número de unidades que deben venderse, nunca lo harán respecto de un núcleo esencial obligacional que el franquiciador ofrecerá como un bloque incuestionable, sin el cual sencillamente no habrá lugar al contrato.

⁴⁴⁸ Art. 2.1. LCGC.

Derecho extranjero si el adherente, franquiciado, ha emitido en España su declaración negocial y tenga en éste su residencia habitual⁴⁴⁹.

A más ende, se aplica a los contratos internacionales de franquicia, siempre que formen parte de contratos sujetos a la legislación española, o a la legislación extranjera si el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español, declarando la ley su eficacia imperativa⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ "...sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.". *Vid.* art. 3 LCGC. Esta técnica legislativa que incluye la transcrita coletilla ha sido muy criticada por la doctrina. *Vid.* Lunas Díaz, M.J. "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial", *Derecho de los Negocios*, diciembre 1998, núm. 99, pp. 1-14; Vilá Costa, B. "Comentario al art. 3", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 37-46. Ampliamente comentado en Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. "Artículo 3", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 145-229.

⁴⁵⁰ El art. 3 LCGC, dado el valor expansivo y la obligatoriedad de su tenor aplicativo, puede calificarse de norma imperativa, y más concretamente, norma de extensión o norma material espacialmente autolimitada. En su virtud, el legislador precisa el carácter imperativo de determinadas normas materiales del foro. Así, la obligatoriedad respecto de los contratos sujetos a la ley española, en cuanto que todos sus elementos lo conectan con nuestro sistema jurídico, no presenta mayor complejidad; respecto de los contratos internacionales la aplicación de la LGDC es tanto a los internacionales cuya ley del contrato sea la española, como a aquellos que sin serlo, el adherente ha emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual (condiciones de vinculación con el mercado previstas en el propio art. 3 que justifican la extensión). Por lo demás, la determinación de la *lex contractus* se hace de conformidad con lo dispuesto con el Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE núm. 171, de 19 de julio, corrección de erratas en BOE núm. 189, de 9 de agosto). Habida cuenta que el franquiciado sólo puede ser un profesional, empresario individual o sociedad, la determinación de tal ley del contrato vendrá determinada por los arts. 3 y 4 del Convenio, y la aplicación de la norma imperativa, al caso las disposiciones de la propia LCGC, por el art. 7 del Convenio. No obstante, la técnica legislativa adoptada en sede de la delimitación territorial de la LCGC

B. EXIGENCIAS DE INFORMACIÓN Y CONDICIONES DE INCORPORACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LCGC.

Pueden agruparse aquí todos aquellos requisitos que imponen al predisponente, franquiciador, la carga de desplegar determinada conducta a fin de que el adherente, empresario franquiciado, pueda conocer la existencia de las condiciones generales y entren en su ámbito de poder. Obligación de información que con relación a la franquicia nos sitúa en el ámbito de la protección precontractual del franquiciado, en virtud de la cual el franquiciador ha de dar a conocer a éste con claridad y precisión determinados aspectos de su negocio⁴⁵¹.

Centrándonos en el negocio que nos ocupa, el franquiciador debe informar expresamente de la existencia de las condiciones generales y facilitar un ejemplar de las mismas⁴⁵². Información que

presenta multitud de dudas y de imprecisiones que aquí no ha lugar a explicitar. *Vid.*, por todos, el excelente y clarificador comentario de Cuartero Rubio, M.V. "Ámbito territorial. Disposiciones imperativas.", *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, pp. 93-110.

⁴⁵¹ *Infra* en este apartado volveremos a hacer mención de esta cuestión, sobre la que existen notables monografías y cuyo estudio detallado escapa aquí de nuestro objeto. *Vid.*, por todas, Ruiz Peris, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, op.cit.*. Una aproximación anterior y focalizada en el ámbito internacional es la de Sánchez-Tarazaga Marcelino, J. *La protección del franquiciado en el comercio internacional*, Valencia: Asociación Española de Franquiciadores, 1998.

⁴⁵² Art. 5.1.1^a parte LCGC. Esta obligación bien puede cohonestarse con aquella otra recogida en el art. 62 LCM y normativa de desarrollo en virtud de la cual el franquiciador debe entregar al futuro franquiciado la información relevante sobre el negocio que va a incluir, por escrito, y con una antelación mínima de 20 días a cualquier acto en firme por el que este último se comprometa. Efectivamente, entre esta información relevante, se incluyen los elementos esenciales del contrato que se va a concluir, esto es, dada la característica innegociable de los mismos, estamos refiriéndonos a las condiciones generales del contrato que, de este modo, vienen reguladas con distintos perfiles por ambas normativas.

ha de ser completa y temporalizada al momento de la celebración del contrato, en la fase antecedente a su perfección de forma que el franquiciado pueda sopesar la conveniencia de adherirse o no. Consecuentemente, ha de ser susceptible de provocarle un conocimiento real, efectivo en cuanto a su cognoscibilidad, para que pueda hablarse de un consentimiento no erróneo⁴⁵³

Una vez conocidas, la LCGC exige que formen parte del contrato y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez⁴⁵⁴.

Además de los requisitos antedichos, para que tales condiciones generales se consideren incorporadas al contrato y válidas, en los términos establecidos en el art. 6 y 8 LCGC, se exige que el adherente acepte su incorporación al mismo, y que sea firmado por todos los contratantes⁴⁵⁵.

Pero, además, exige que cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas; y cuya extensión a la contratación entre profesionales parece quedar excluido por el tenor literal de la norma⁴⁵⁶, si bien sí ha sido admitido en alguna

⁴⁵³ Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen "No-incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 78.

⁴⁵⁴ Art. 5.4 LCGC.

⁴⁵⁵ Art. 5.1. LCGC.

⁴⁵⁶ Se entiende que es abusiva cuando es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, según la Exposición de Motivos de la LCGC. Una de las características más notables de esta ley es haber separado la regulación de las condiciones generales de la contratación y la de las cláusulas abusivas, quedando esta segunda cuestión referida a una reforma de la LGCU, que se lleva a cabo en las disposiciones adicionales; *vid.* Díez-Picazo, L. "Art. 2", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 142-144. Elección de política legislativa criticado por no establecer un control de contenido

sentencia en virtud de una interpretación teleológica de la norma⁴⁵⁷. Excluida la protección que otorga la LCGC al adherente-

específico de las condiciones generales en los contratos entre empresarios; desconoce que la contratación mediante condiciones generales exige una protección de los adherentes, si bien reconociendo que ha de ser más intensa para los consumidores, pero al tiempo, superior a la exigida por las normas imperativas aplicables a todos los contratos; *vid.* Miquel, J.M. "Artículo 8" en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 434 y s. Sobre este particular se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia en el ámbito de la franquicia, en un caso planteado por el franquiciado que interpretaba que la estipulación contractual que determinaba la fecha de finalización del contrato era abusiva y debía ser declarada nula conforme al art. 7 LCGC. Entiende, por el contrario, el juzgador de 2ª instancia que, si bien el art. 2 de la mencionada norma extiende el régimen de las normas relativas a las condiciones generales de contratación a los contratos concluidos entre empresarios y profesionales entre sí, de ahí no se sigue que les sea también aplicable la sanción de nulidad de las condiciones abusivas, pues el art. 8.2 de la LCGC lo reserva para los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Consecuentemente, la terminación del contrato de franquicia se considera válida en términos de expiración del término contractual y en ausencia de resolución unilateral. *Vid.* SAP Zaragoza núm. 695/2002, de 29 de noviembre, -JUR 2003/13826-. Sobre la no aplicación a las relaciones entre profesionales del tratamiento normativo otorgado a las cláusulas abusivas, *vid.* SAP de Asturias núm. 177/2000, de 12 de abril -AC 2000/3408-, la SAP de Pontevedra núm. 320/2000, de 14 de julio -AC 2000/2044-.

⁴⁵⁷ Resulta absolutamente novedosa en cuanto a la extensión a profesionales de la protección de la LCGC a los consumidores frente a las cláusulas consideradas abusivas, la SAP León núm. 92/2004, de 29 de abril -JUR 2004/186010-. Afirmar que "*la voluntad del legislador no es contraria a la posibilidad de aplicar o extender el concepto de cláusula abusiva igualmente a las condiciones generales de la contratación, siempre que suponga un abuso de posición dominante y no fueran negociados individualmente, y que en contra de las exigencias de la buena fe causen un perjuicio del adherente, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contr... En resumen, según la interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, el legislador no quiso señalar un catálogo de cláusulas de abuso de posición dominante cuando se trata de contratos entre profesionales, pero extiende igualmente a dichos contratos el concepto de abusividad entendido como -desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes-*". Concepto de abusividad que extrae de la STS núm. 1122/1195, de 18 de diciembre -RJ 1995/9204- en una interpretación muy fuera de su contexto (una sumisión expresa), a nuestro juicio, y que para nada

consumidor frente a las cláusulas abusivas, el eventual franquiciado perjudicado por éstas, en cuanto que adherente al contrato de franquicia, deberá recurrir a las normas generales de nulidad en los contratos. La sanción del abuso de derecho en dicho ámbito queda por consiguiente referido al principio genérico de buena fe contractual consagrado en los arts. 1258 C.c. y en el 57 C.co., expresión aplicada al ámbito obligacional del mandato establecido por el legislador en el art. 7.1 C.c., según el cual los derechos deben ejercitarse según la buena fe⁴⁵⁸.

acoge la tesis defendida. En su apoyo cita a la Conclusión semejante parece derivarse de la SAP de Asturias núm. 503/1999, de 24 de septiembre -AC 1999/6338-, al pronunciarse acerca del carácter abusivo de la estipulación que determinaba la prórroga de determinado contrato de corretaje la cual, si bien no estimó la pretensión de la parte, no fue por tratarse de contratación entre profesionales en cuyo caso la LCGC no decide acerca de las cláusulas abusivas que les ocupan, sino porque sencillamente entiende que tal estipulación no resultaba excesiva en atención a la propia naturaleza del encargo.

⁴⁵⁸ *Vid.* la explicación aportada al efecto en los Ftos. Dcho. 4º y 5º de la SAP Madrid de 10 de diciembre de 2002, -JUR 2003/126808-, así como en el Fto. Dcho. 2º de la SAP Málaga núm. 947/2003, de 9 de diciembre, -JUR 2004/67131-. La jurisprudencia ya se ha pronunciado en este sentido con referencia a la franquicia, así, *vid.* la SAP Zaragoza núm. 516/2003, de 16 de septiembre -AC 2003/1507-, espec. en sus Ftos. Dcho. 4º, 5º y 6º. Esta dicotomía en el tratamiento de las condiciones contractuales abusivas ha sido criticada en cuanto que se aleja de otros ordenamientos que sí han previsto un marco general de protección sobre la base de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, de forma que, independientemente de la condición del adquirente como consumidor o no, se prevea la ineficacia de aquellas cláusulas que causen un perjuicio desproporcionado al adherente o permitan impedir que el contrato alcance el fin económico para el que fue celebrado. *Vid.* Uría, R., Menéndez, A. y Vérguez, M. "El contrato mercantil", *op.cit.*, p. 62 y s.. Efectivamente, como indica I. Arroyo, aquellos contratos con condiciones generales cuyo adherente no sea consumidor sólo están sujetos al control de inclusión que establece el art. 5, lo cual resulta escaso, "*por no decir insuficiente*" (*sic*), *vid.* Arroyo Martínez, I., "Comentario al art. 1", *op.cit.*, p. 22. La misma exclusión en sus mismos términos, se plantea en el Derecho italiano que regula tales condiciones abusivas (Ley núm. 56 de 6 de febrero de 1996), cuestión plantada con más detalle en Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, *op.cit.*, pp. 113-116.

Una ruptura en esta línea de protección frente a cláusulas abusivas sólo en contratos con consumidores, lo ha supuesto la Ley contra morosidad en las operaciones comerciales, *supra cit.*, aplicable a las relaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración. Normativa que se integra en el marco de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, como *lex specialis*⁴⁵⁹.

En su virtud, en el marco de las condiciones establecidas en el art. 9 de dicha disposición, serán abusivas aquellas que difieran injustificadamente el plazo de pago y del interés por demora recogido en la Ley como referencia, así como si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez excepcional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago no justificadas por razones objetivas. Declarada abusiva tal cláusula por el juez y, en su virtud nula, éste integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 C.c.

C. RÉGIMEN SANCIONATORIO ESTABLECIDO EN LA LCGC Y VIRTUALIDAD RESPECTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Aparentemente, el legislador distingue la inexistencia de la condición general ex art. 7 y la ineficacia ex art. 8, como dos regímenes distintos. Sin embargo, la Ley aplica a una y a otra idénticos efectos y régimen en orden a la legitimación y contenido de la sentencia: en ambos supuestos el régimen de ineficacia es el

⁴⁵⁹ Y en este contexto hay que entender las referencias a la legitimación activa indicada en la LCGC con relación a las acciones de cesación y retractación señaladas en el art. 9.3 de la Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales.

mismo con relación al contrato en el que se insertaron⁴⁶⁰. La diferencia se encuentra en el distinto objeto que es tenido en consideración por la norma, la cual separa el control de la incorporación de las condiciones generales del de su contenido.

En cuanto a la primera de estas disposiciones, prevé la ineficacia, en cuanto que se considera no incorporadas, de aquellas condiciones generales ilegibles, oscuras, ambiguas, incomprensibles⁴⁶¹, o que no las pudo conocer el adherente al tiempo de realización del contrato⁴⁶², o bien que contradigan

⁴⁶⁰ Arts. 9 y 10 LCGC. *Vid. González Pacanowska, I. "No incorporación", Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, pp. 235-258.*

⁴⁶¹ La cualidad de ilegibilidad hace referencia a la presentación formal y material de la cláusula (aquella de la que no pueden descifrarse los caracteres tipográficos), el dato de la ambigüedad se predica respecto de lo que puede entenderse en varios sentidos que lo hace confuso e incierto, de manera que no puede llegar a determinarse cuál es el significado que se ha querido para el concreto contrato; la oscuridad implica la falta de claridad, de lucidez intelectual que provoca la incognoscibilidad de la cláusula; la nota de incomprensibilidad atiende a la dificultad o imposibilidad de llegar a conocer, entender la cláusula en cuanto tal. *Vid. Gete -Alonso y Calera, M^a del Carmen "No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales", op.cit., p. 76.*

⁴⁶² En esta línea se encuentra el art. 9 de la Ley italiana de 18 de junio de 1998 sobre el suministro en la actividad productiva, *supra cit.*, que ofrece un instrumento de tutela a favor del franquiciado que se encuentra en una situación de dependencia económica respecto del franquiciador y frente a eventuales abusos de parte de este último en su propia posición de fuerza. Sobre la base del excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones, tal dependencia es evaluada teniendo en cuenta las posibilidades reales de la empresa que denuncia el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias; por lo tanto, la norma pretende evitar que por una información distorsionada e incompleta sobre las otras ofertas del mercado, y/o por una imperfecta comprensión del alcance de las cláusulas del contrato que se aceptan mediante su conclusión, el franquiciado sufra un significativo desequilibrio de derechos y obligaciones. Según señala el aptdo. 2 del art. 9 con carácter ejemplificativo, el abuso puede consistir en el rechazo de vender o de comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales. En tal caso, la sanción

cualquier otra norma imperativa que no establezca otra consecuencia a su contravención, y que afecte a los elementos esenciales del contrato establecidos en el art. 1261 C.c.: causa de la obligación, consentimiento de los contratantes y objeto materia del contrato⁴⁶³.

La no-incorporación porque el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebración del contrato, debe relacionarse con las cargas de información y de redacción de las cláusulas impuestas al predisponente en el art. 5, que ya hemos visto⁴⁶⁴.

prevista es la nulidad de la cláusula correspondiente más en su caso el resarcimiento del daño consiguiente. Sin ánimo de analizar exhaustivamente tal precepto, sí que procede realizar dos anotaciones: por una parte, su indudable aplicación extensiva a toda clase de franquicia, derivada de la amplitud de su definición y del contexto normativo en el que se inserta, que es en el marco del Derecho de la competencia; Del otro lado indicar, como desarrollaremos *infra*, la particular protección que ofrece al franquiciado respecto de situaciones específicas de la terminación del contrato: así, frente a la posible cláusula resolutive expresa por incumplimientos de escasa importancia que atribuya de este modo al franquiciador un derecho de resolución sin previo aviso (eludiendo así el preaviso previsto en el art. 1569 C.c. y en el art. 6.2. de la mencionada Ley sobre el suministro en la actividad productiva, aplicables al contrato de franquicia) y, defendible aunque no pacífico en la doctrina, en ausencia de causa justa o la no-renovación del contrato a pesar de haber creado en el franquiciado una legítima expectativa al respecto. *Vid.*, ampliamente, en Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato, op.cit.*, pp. 117-131. A pesar de la mencionada posición favorable a tal norma en cuanto hace a su efectividad respecto de la franquicia, nosotros manteníamos una posición escéptica con referencia a la posibilidad de protección frente a aquella resolución *ad nutum* del franquiciador que pueda ser incluida en el apartado de "interrupción arbitraria de la relación comercial". Efectivamente, la nulidad se predica cuando existe pacto, pero nada dice de conducta unilateral, como sería el caso.

⁴⁶³ Arts. 7 a 10 LCGC.

⁴⁶⁴ El art. 5 y el 7 supone regular los requisitos de incorporación desde dos ópticas distintas (positiva, la del art. 5 y negativa las del art. 7), en dos artículos distintos y situados en capítulos de la Ley diferentes, por lo que ha sido calificado como una mala técnica legislativa; *vid.* Durany Pich, S. "Artículos 5 y 7" en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*,

Cabe una excepción: la incorporación de aquellas cláusulas incomprensibles que son aceptadas de forma expresa por el adherente y que, además, no contravengan las normas sobre transparencia de las cláusulas contractuales que rijan con carácter imperativo en el ámbito contractual que corresponda⁴⁶⁵; cuestión que nos vuelve a remitir a la protección precontractual del franquiciado expresada en el art. 62 LCM y reglamento de aplicación⁴⁶⁶.

En cualquier caso, el principio básico es el de conservación del negocio, por lo que establece la precitada normativa que la no – incorporación al contrato de las cláusulas de condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determina la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que debe pronunciarse la sentencia⁴⁶⁷.

A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 269 y s.

⁴⁶⁵ Art. 7.b. LCGC.

⁴⁶⁶ Sobre esta normativa y sus efectos sobre el contrato de franquicia ya nos hemos referido en el apartado relativo a la información precontractual del protección del franquiciado en el Derecho español. En este punto, por otra parte, al hacer referencia al régimen sancionatorio, es de destacar la mayor protección que se deriva de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, que penaliza su infracción con la ineficacia de la cláusula en cuestión, del que se deriva de la contravención de la LCM, cuyo incumplimiento se cataloga como leve, castigado con apercibimiento o multa hasta 3.000 €. La comparación es útil en cuanto que ambas exigen la información previa de aquellas disposiciones del contrato no negociables y esenciales del mismo con carácter previo a su conclusión por la parte que las ignora.

⁴⁶⁷ Expresión de lo cual encontramos en la aplicación práctica realizada por la jurisprudencia. Así, *v.gr.*, la SAP Barcelona, de 29 de marzo 2000 -JUR 2000/189582-, estima determinada cláusula de sumisión como inexistente en el contrato y, por lo tanto, no determinante de la competencia, al no aparecer el consentimiento expreso mediante firma de la compradora; conclusión a la que llega sin aplicar la LCGC, por posterior, y basándose en el consentimiento como base del negocio jurídico y en la LEC.

En cuanto al art. 8, le corresponde la función de regular el control del contenido de las condiciones generales de la contratación que hayan superado el control de la incorporación establecido en el art. 7⁴⁶⁸. El sistema que establece contempla un doble régimen, uno para los contratos concluidos bajo condiciones generales, en su apartado 1º, de carácter general, y otro para contratos concluidos con consumidores en su apartado 2º, de tipo particular con referencia a cláusulas abusivas⁴⁶⁹.

En lo que se refiere a la única posibilidad aplicable al contrato de franquicia, la establecida con carácter general en el primer apartado del art. 8, la doctrina es unánime en cuanto a su innecesidad u obviedad⁴⁷⁰: es decir, nada agrega a la regla general que previene la nulidad de los actos jurídicos realizados en contravención de normas imperativas y prohibitivas, consagrada en los arts. 1255 y 6.3 del C.c. y, además, carece de ámbito de aplicación concreto; esto es, nada establece que no pueda deducirse de otros preceptos de la Ley, así como de su propio sentido y naturaleza: que la propia Ley es imperativa y que su imperatividad es unilateral en cuanto que impide su contravención en perjuicio del adherente, pudiendo consecuentemente las partes acordar un régimen más favorable para éste. Desde este punto de vista, es lógico que la sanción de nulidad derivada de la infracción

⁴⁶⁸ Véase el comentario crítico al régimen del art. 8 LCGC de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Nulidad", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, p. 259-269.

⁴⁶⁹ Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen "Nulidad", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 82 y s..

⁴⁷⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Nulidad", *op.cit.*, p. 263 y Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen "Nulidad", *op.cit.*, p. 83.

de la Ley pueda ser instada por el adherente, pero no por el redactor del contrato adhesivo⁴⁷¹.

Como última reflexión sobre la virtualidad de esta normativa referente al contrato de franquicia en el actual marco jurídico que la regula en España, la aplicación de la LCGC supone un doble ámbito de protección sobre el mismo objeto, de forma que su mecanismo sancionatorio que invalida determinadas cláusulas "oscuras", tendrá previsiblemente escasa relevancia práctica; al menos, en relación a aquellos que cumplan con lo dispuesto con lo establecido con el art. 62 LCM y su reglamento de aplicación⁴⁷².

Bien explicado, la protección que determina la normativa que regula las condiciones generales de la contratación establecidas entre empresarios o profesionales queda reducida a su aceptación por el adherente -franquiciado-, siempre que éste las haya conocido con suficiente antelación y que estén redactadas con transparencia, claridad, concreción y sencillez. Si en virtud de un cumplimiento correcto del franquiciador de las disposiciones que establecen el deber de información precontractual al franquiciado⁴⁷³, éste conoce los extremos indicados, y particularmente, los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, difícilmente se podrá incurrir en nulidad o en la sanción establecida de considerar

⁴⁷¹ *Ex. art. 9.1. LCGC.*

⁴⁷² *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, desarrollado a través del RD. 2485/98, de 13 de noviembre.*

⁴⁷³ *El art. 3 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, como desarrollo del art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación de Comercio Minorista, determina la información precontractual que el franquiciador debe facilitar al franquiciado: aquél, con una antelación mínima de veinte días, debe informarle, entre otros elementos, de los datos de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia.*

su no-inclusión por desconocimiento; si acaso, como consecuencia de una mala redacción del contrato, por atentar contra los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Con todo, ya existe precedente⁴⁷⁴.

3. La resolución del contrato de franquicia.

Dentro del tratamiento de la extinción de la franquicia, parece propio describir las formas en que ésta tiene lugar. De algunas cabrá sopesar si cabe indemnización, y por qué concepto.

Es frecuente la confusión terminológica entre rescisión y resolución del contrato⁴⁷⁵. Mientras que la resolución significa que se deshace el vínculo obligatorio nacido del contrato en los casos establecidos, por ejemplo, al cumplirse una condición resolutoria, la rescisión se circunscribe a los casos de supresión de los efectos de

⁴⁷⁴ Nos referimos al litigio planteado por Yerzol S.C., franquiciado, contra Kookai, S.A., franquiciadora, por entender que la terminación contractual prevista era una condición general impuesta de carácter abusivo, pretendiendo su nulidad más la imposición de indemnización por los daños causados y por el lucro cesante. Pretensión no admitida por el Tribunal, según ya hemos indicado en este mismo apartado a pie de página en comentario a la SAP Zaragoza núm. 695/2002, de 29 de noviembre, -JUR 2003/13826-.

⁴⁷⁵ Ejemplos de tal confusión los encontramos sin dificultad en sede judicial. Así, en el caso relativo a un contrato de franquicia (calificado por las partes como de concesión) que desembocó en la STS núm. 826/1996, de 21 octubre -RJ 1996/7234-, la parte demandante pedía, entre otras cosas, "*daños y perjuicios por lo que se consideraba una indebida y unilateral rescisión del contrato*", en referencia a la extinción del contrato por cumplimiento del término pactado, comunicándose la no prórroga del mismo. Similar cuestión se plantea por la actora en el juicio, sobre contrato de franquicia, conducente a la SAP Lleida de 5 febrero 1992 -AC 1992/368-. En el ámbito del contrato de comisión mercantil, la "rescisión unilateral" ha sido en ocasiones empleado como término equivalente a la resolución unilateral; así ocurre en la pretensión del actor en la SAP Gerona, núm. 353/2000 de 19 junio -AC 2000/3236-, o respecto del contrato de agencia, en el *petitum* de la parte en la SAP Albacete núm. 71/1998, de 6 de abril -AC 1998/934-. También encontramos esta misma igualdad semántica en el mismo cuerpo de la Sentencia, como es el caso de la SAP Ourense (Sección única) de 9 de noviembre 1999 -AC 1999/6532-.

un contrato por ser lesivos para una de las partes, o por haberse cometido un fraude en perjuicio de tercero, que son los supuestos a que se refieren los arts. 1290 a 1299 C.c.⁴⁷⁶.

Como señala el art. 1290 C.c., se trata de un remedio contra las consecuencias injustas de contratos válidamente celebrados y que, tal y como indica el art. 1294 del mismo cuerpo legal, sólo procede cuando no es posible obtener de otra manera la reparación del perjuicio. En esta sede no ha lugar a la rescisión, al no estar contemplado el contrato de franquicia, ni ningún otro de los contratos de colaboración dentro de los supuestos señalados para ejercitar tal acción según el art. 1291 C.c.

Podemos hablar de resolución en sentido amplio como aquella facultad que tiene una parte contratante para dejar sin efecto un contrato perfectamente válido, que no tiene defectos ni vicios estructurales. Los motivos por los que se llega a esta conclusión son variados y responden a diversas justificaciones: la primera de ellas es el incumplimiento de la contraparte⁴⁷⁷; el resto de los casos tiene un origen unilateral o bilateral. A su vez, la unilateralidad en la ruptura del contrato puede necesitar la causa en la que se funda (como cuando se alteran las circunstancias constitutivas del contrato), o puede no necesitarlo, porque el sistema jurídico justifica la denuncia realizada por una de las

⁴⁷⁶ Puig Brutau, J. *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina general del contrato*, Tomo II. Vo. I, Barcelona: Bosch, 1988, p. 320. *Vid.* también la distinción de la rescisión respecto de la anulabilidad en Albácar López, J.L. y Santos Briz, J., "De la rescisión de los contratos", en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, *op.cit.*, pp. 1163 y s.

⁴⁷⁷ La cuestión terminológica admite diversas apreciaciones y matizaciones. Así, para la SAP Baleares núm. 105/1998 de 5 de febrero -AC 1998/3954- la única resolución posible es ésta debida al incumplimiento de las obligaciones propias de una de los contratantes; en el caso de la resolución del contrato por una de las partes cuando éste es de tracto sucesivo, el término considerado apropiado es el del desestimiento unilateral.

partes. Por último, la bilateralidad supone el fin de la eficacia del contrato debido a la voluntad común de las partes, o mutuo disenso⁴⁷⁸.

A. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO.

El incumplimiento total de la prestación debida existe cuando la conducta de aquél que está obligado contractualmente a hacer, dar o no hacer algo –deudor de la obligación- lesiona definitivamente el derecho del sujeto paciente de la acción – acreedor de la obligación-; es decir, cuando el interés del este último queda definitivamente desatendido con la conducta del obligado⁴⁷⁹.

Ante esta negación del cumplimiento, los arts. 1096 al 1099 C.c. distinguen entre obligaciones de dar, hacer o de no hacer, estableciendo particularmente para cada uno de estos casos el cumplimiento de la obligación a costa del obligado e incluso prescindiendo de su colaboración.

Como parece obvio, el incumplimiento puede deberse a conductas imputables al franquiciado como al franquiciador. En cualquier caso, habida cuenta que el contrato de franquicia es de naturaleza adhesiva, sólo las primeras quedarán recogidas casuísticamente en la generalidad de la práctica contractual configurando una cláusula resolutoria a favor del franquiciador⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Ragel Sánchez, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos, op.cit.*, p. 359 y s.

⁴⁷⁹ Puig Bruteau, J. *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, tomo I, vol. II, Barcelona: Bosch, 1988, p. 424.

⁴⁸⁰ Comprobante de lo cual es la práctica negocial. Véanse, a modo ejemplificativo, el contrato que DGE Bruxelles Internacional, Servicios de Consultoría, S.L. ofrece a sus franquiciados en actividades de consultoría y asistencia técnica –cláusula 17^a-; igualmente en el caso de la franquicia Serlinter, S.A., en actividad de limpieza –cláusula 10^a-; y también es el caso de la franquicia Henry J. Bean's, perteneciente a la compañía inglesa My Kinda

Cláusulas sobre desestimiento unilateral convencional cuya validez ha sido cuestionada por la doctrina⁴⁸¹.

Producido el incumplimiento imputable a alguna de las partes, habitualmente la parte cumplidora intentará salvar el negocio reconviniendo a la contraparte a que ejecute lo que le corresponde e, incluso, intentará a este fin conciliación vía arbitral⁴⁸², cada vez más apoyada en sede de franquicia. Fallidas

Enterprises Limited, y dedicada a la restauración temática de corte americana - cláusula 13ª-. Sin embargo, como acertadamente señala la SAP Vizcaya de 27 enero 1993 -AC 1993/34-, "...el que en el contrato suscrito entre las partes no se contemplara sanción alguna para el caso de incumplimiento de la entidad franquiciadora como se hacía en la cláusula 16ª para la franquiciada, no implica que a dicha parte no le fuera exigible igualmente el cumplimiento de sus propias obligaciones, siendo plenamente de aplicación al respecto el contenido del último párrafo del art. 1100 C.c., no pudiendo una de las partes exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones cuando no ha cumplido con las propias. Por ellos la cláusula decimoquinta, que... contempla... una cláusula resolutoria a la luz del contenido del art. 1124 C.c..., para que pudiera producir sus efectos exigiría, aunque nada se diga en ella, el previo cumplimiento por la entidad franquiciadora de las obligaciones asumidas..."

⁴⁸¹ Tales cláusulas han sido consideradas como nulas de pleno derecho en cuanto condiciones resolutorias puramente potestativas a la luz de los arts. 1115 (*Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula...*) y 1256 (*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*), ambos del C.c. *Vid.* Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 326.

⁴⁸² Recomendable en todos los casos por los actores en el negocio de franquicia y práctica internacional. Sobre el particular son continuas las referencias en páginas especializadas dirigidas a los profesionales del sector. Así, por todas *vid.* García, J.A. "El arbitraje se postula como solución al divorcio en las franquicias", sección de actualidad de www.aedef.com, perteneciente a la Asociación Española de Franquiciados. En este sentido, resulta relevante la recién creada Corte de Arbitraje de Franquicia en España, con el consuno de las dos grandes asociaciones profesionales del sector, la AEF y la AEDEF, de franquiciadores y franquiciados, respectivamente. Fue presentada el 5 de noviembre de 2002 y está presidida en la actualidad por el magistrado ya jubilado del TS don Francisco Morales. Tal órgano arbitral ya ha producido sus primeros laudos; así, *vid.* Colegio arbitral de la Corte de Arbitraje de Franquicia, "Laboratorio Lucas Nicolás, S.L. vs. Argüelles Vidal, S.L." relativo a la franquicia

estas gestiones, la parte lesionada invocará el art. 1124 C.c. que le capacita para escoger entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos⁴⁸³. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando aquél resultare imposible⁴⁸⁴. Sea cual sea su opción, el perjudicado puede invocar la aplicación del art. 1101 C.c., que recoge una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los posibles incumplimientos causados por la parte incumplidora⁴⁸⁵.

Ahora bien, es doctrina jurisprudencial reiterada que para resolver unilateralmente un contrato no basta cualquier

Vital Dent, publicado en www.aedef.com. En el ámbito internacional, *vid*, por todas, las referencias de Kenfack, H. *La franchise internationale, op.cit.*, p. 389-397, UNIDROIT, *Guide to Internacional Master Franchise Arrangements, op.cit.*, p. 209-211 y Mendelshon, M. y Clark, T. "International Arbitration and Franchising", *Franchise Law Journal*, vol. 11, 1992, p. 115-117.

⁴⁸³ Solución análoga se recoge en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del Código civil italiano, en los arts. 1453 y ss.

⁴⁸⁴ Ejemplo de imposibilidad de cumplimiento lo encontramos en la frustración del fin del contrato de franquicia celebrado entre "Talla Cero, S.A." vs. "Mamanoel España, S.A." (SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-). Tal frustración supone el cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los contratantes; habiendo declarado la Jurisprudencia que "*una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e ínsito en la causa, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido con el vínculo negocial, cuya conservación no procede y sí la resolución por incumplimiento a tenor del art. 1124 C.c.*" (SSTS de 18 noviembre 1983 -RJ 1983/6488-, de 32 mayo 1985 -RJ 1985/2837- y 28 febrero 1986 -RJ 1986/862- entre otras).

⁴⁸⁵ Art. 1101 C.c. según el que "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas". Las bases para considerar que el incumplimiento es imputable al deudor de la obligación están señaladas en los arts. 1101 a 1105 C.c. y, el alcance de la indemnización que en su caso procede se regula en los arts. 1106 a 1109 C.c.

incumplimiento de la otra parte, sino que tal contravención ha de ser esencial y acreditativa de una voluntad rebelde u obstativa al cumplimiento⁴⁸⁶, también valorable en su conjunto⁴⁸⁷, condición

⁴⁸⁶ La jurisprudencia entiende que exigir que el incumplimiento contractual sea de cierta importancia es la única forma de salvaguardar que la finalidad última del contrato no se vea frustrada por tal incumplimiento. *Vid.*, en sede de audiencias provinciales, sobre asuntos litigiosos cuya controversia surge con ocasión del contrato de franquicia, cuyo incumplimiento alegado del franquiciador no es aceptado por el tribunal *a quo*, la SAP Barcelona núm. 633/2004, de 21 de septiembre -AC 2004/1952-, y la SAP Córdoba núm. 182/2004, de 15 de julio -AC 2005/62-. Respecto de otros contratos pertenecientes al ámbito de la distribución, *vid.* SAP Albacete de 15 noviembre 1997 -AC 1997/2200-; SAP Orense, de 7 enero 1999 -AC 1999/79-; de esta forma, por ejemplo, no se estima como causa justa de resolución los incumplimientos consistentes en la mera desconfianza en el desarrollo de los negocios de la distribuidora por la marcha de uno de sus socios directivos o de un comercial, o el descenso de ventas de un año dentro de un mal contexto del mercado del producto en cuestión, *vid.* SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 130 y s. La esencialidad de la conculcación del contrato es requisito común en otros países, como Italia, *v.gr.*, *vid.* art. 1455 C. civile. En este país, la jurisprudencia ha señalado como criterio para estimar la gravedad del incumplimiento respecto de los contratos de duración la lesión en la confianza a la contraparte cumplidora acerca de la futura correcta ejecución del contrato; para lo cual, evidentemente, no basta alegar un mero retardo en el pago de un royalty o inejecuciones leves semejantes. Más bien queda referido a cuestiones de mayor calado, como la ausencia de la provisión de la asistencia técnica debida a los clientes por el franquiciado, provocando un daño a la imagen corporativa de la red. Así, *v.gr.*, Cass. 23 de febrero 1981, núm. 1078, cit. en Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, *op.cit.*, p. 84, espec. n.p. 5. Por otra parte, este mismo autor confirma esta misma línea interpretativa en la aplicabilidad del art. 1564 C.c. italiano, relativo al contrato de suministro, a la franquicia de distribución; el cual consigna específicamente tal principio basado en la lesión de la confianza respecto del cumplimiento futuro.

⁴⁸⁷ En referencia no a un incumplimiento único y concreto, como señalábamos con ocasión de la ley italiana, sino a una situación generalizada de incumplimiento que reúne en su valoración conjunta la gravedad legal y jurisprudencialmente exigida para promover la resolución del contrato con arreglo a los arts. 1124 y concordantes del C.c.. Conclusión seguida en sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante por incumplimiento del mismo franquiciador en sus obligaciones. *Vid.* SAP Alicante núm. 91/2003, de 6 de febrero, -JUR 2003/134973-, y SAP Alicante núm. 39/2003, de 16 de enero, -JUR 2003/114590-. En la línea marcada por estas sentencias se encuentra la posición de Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, pp. 326 y ss, para

por otra parte ineludible para ejercitar la acción resolutoria ex art. 1124 C.c. De esta forma y, siempre que sea posible, el *favor negotii* exige que se intente el cumplimiento de la obligación aún no satisfecho⁴⁸⁸.

el que debería bastar en orden a la producción de efectos resolutorios con cualquier tipo de incumplimiento fáctico con independencia de su entidad, por cuanto determinante de una razonable y objetiva pérdida de confianza trascendente en el futuro. Entendemos que la posición defendida por este autor situaría al borde de la ruptura a este tipo de contratos sin que como contrapartida se deriven ventajas asumibles para el mercado o para los contratantes.

⁴⁸⁸ Esta previsión es común en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano, la aplicación de la resolución por incumplimiento según los arts. 1453 a 1462 de su Código civil, exige un atento examen de la importancia de la obligación incumplida, a la luz del art. 1455 y, especialmente referido al contexto en el que se desenvuelve la franquicia: éste sería el caso de una ruptura de alguna de las prestaciones basadas en el *intuitus personae*; *vid.* Frignani, Aldo *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising*, Turín: G. Giappichelli Editore, 1991, p. 289 y s. Por eso se sugiere que, para evitar duda alguna, en la redacción del contrato de franquicia se liste con detalle aquellas obligaciones del franquiciado cuyo cumplimiento se considere como parte esencial del contrato. *Vid.* Frignani, A. "Termination of franchise and distribution agreements in Italy", *op.cit.*, p. 67. Por su parte, semejantes previsiones encontramos en el Derecho uniforme: el mismo requisito de esencialidad de la obligación incumplida se encuentra en el art. 7.3.1. de Los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, *cit.*, según el cual "Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.". El apartado segundo de este artículo presenta un elenco de circunstancias relevantes para la determinación de si, en un determinado caso, la falta de cumplimiento de una obligación contractual constituye un incumplimiento esencial. De acuerdo con éste, se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. Ampliamente sobre el particular *vid.*, Schlechtriem, P. "Termination of

Por último, como igualmente ha señalado unánimemente la jurisprudencia, el contratante lesionado que se acoge a la mecánica establecida en el art. 1124 C.c. deberá, en buena lógica jurídica, haber cumplido con anterioridad sus propias obligaciones derivadas del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*)⁴⁸⁹, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso⁴⁹⁰.

En todos los casos, la resolución unilateral procedente y producida por el incumplimiento de la contraparte no requiere que se observe un plazo de preaviso, sí necesario respecto de la resolución *ad nutum* de la relación contractual indefinida⁴⁹¹.

Contracts under the Principles of International Commercial Contracts", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 247-269.

⁴⁸⁹ Reconocida y apoyada ampliamente por la jurisprudencia. *Vid.* SSTs de 29 abril de 1994 -RJ 1994/2982- y 22 octubre de 1995 -análoga a RJ 1996/7487. En concreto, sobre la franquicia, *vid.* STS núm. 164/1997, de 4 marzo, -RJ 1997/1642-, *cit.* la SAP Orense, de 7 enero 1999 -AC 1999/79-, *cit.*; SAP Vizcaya de 27 enero 1993 -AC 1993/34-, *cit.* y la SAP Asturias núm. 220/2003, de 4 de junio, -AC 2003/1988-, *cit.* Este requisito de cumplimiento previo de las propias obligaciones rige igualmente respecto del franquiciador cesionario con relación al cendente, y frente al eventual incumplimiento alegado del franquiciado, *vid.* la SAP Zaragoza núm. 524/2000, de 25 de julio, -JUR 2000/273349-. Otra posibilidad, ante el incumplimiento de ambas partes, es que la resolución sea igualmente pedida por las dos partes, en cuyo caso sí se admite la resolución pretendida; *vid.* ante el incumplimiento de franquiciado y franquiciador, la SAP Barcelona, de 18 diciembre 2002, -JUR 2003/107522-.

⁴⁹⁰ Circunstancia aplicativa del art. 1124 C.c. que es causa de resolución contractual litigiosa en el ámbito de la franquicia; así, *vid.* STS núm. 164/1997, de 4 de marzo -RJ 1997/1642- "General de Franquicias y Servicios, S.L. vs. Barna Sandwich, S.L.", la SAP León núm. 243/2003, de 1 de julio -JUR 2004/14633-, *cit.*, o la SAP Asturias núm. 36/2003, de 23 de enero, -JUR 2003/134543-, referida esta última a un incumplimiento del franquiciado.

⁴⁹¹ "Si bien el preaviso que regula el art. 25 de la LCA no es aplicable al contrato de distribución, ello no quiere decir que cualquier distribuidor que se vea sorprendido por una resolución unilateral del contrato no tenga derecho a ser

Una interesante observación con especial relevancia en este tipo de contratos marco es la consecuencia que cabe derivar del incumplimiento de una de las partes respecto de las obligaciones propias de otros contratos de él derivadas. Como parece evidente, y ha señalado la jurisprudencia, no cabe alegar tal incumplimiento como fundamento para dejar de realizar aquello que es debido en virtud de las prestaciones propias del negocio jurídico "secundario"⁴⁹².

Una posibilidad contemplada en algunos contratos es consignar una cláusula penal⁴⁹³ en la que se prevea el pago por el

indemnizado; según reiterada jurisprudencia se reconoce tal derecho a indemnización siempre que, se acredite que estamos ante una resolución abusiva y que se han irrogado perjuicios al distribuidor, lo que no ocurre si viene motivada por el previo incumplimiento del distribuidor". Fto. Dcho. 4º de la SAP Asturias núm. 9/2004, de 15 de enero, -JUR 2004/52832-.

⁴⁹² Situación planteada con ocasión de un contrato de concesión en la STS núm. 732/2002, de 16 julio -RJ 2002/6243-, según nos explica su Fto. Dcho. 7º, en virtud del cual: "El motivo 1º de casación, fundado en la infracción del art. 1100 C.c., ha de ser igualmente desestimado porque la recurrente, al invocar el previo incumplimiento del contrato por la concedente para justificar el impago de las piezas de recambio que éste le suministró, olvida la complejidad inherente al contrato de concesión en exclusiva, normalmente generador de relaciones obligatorias plurales, entre las que suelen encontrarse, como ha señalado al jurisprudencia de esta Sala (SSTS 17 mayo 1999 -RJ 1999/4046- y 1 febrero 2001 -RJ 2001/2231-) el suministro de recambios al concesionario para su reventa, adquiriendo éste la propiedad de lo suministrado y contrayendo por tanto la obligación de pagar su precio. Así las cosas, el planteamiento de la recurrente quiebra en cuanto se advierte que la reciprocidad aquí atendible era de la relación obligatoria nacida del contrato de compraventa o suministro inserto en la concesión, de suerte que precisamente en virtud de tal reciprocidad la concesionaria venía obligada a pagar el precio de las piezas de recambio una vez que éstas le fueron suministradas por la concedente."

⁴⁹³ Las cláusulas penales están reguladas en el art. 56 C.co., completado por lo dispuesto en los arts. 1.152 a 1.155 C.c. La disposición mercantil otorga a la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra, una doble opción que actúa como la acción resolutoria del art. 1124: o bien exigirá el cumplimiento o bien la pena convenida. Si bien, deja la puerta abierta a pacto expreso que permita acciones tales como la reclamación conjunta de ambas prestaciones o que deje intacta al perjudicado la posibilidad de demandar la pena después de haber

incumplidor de una multa, indemnización o cantidad resarcitoria para el caso de que acontezcan determinados incumplimientos del contrato, o que se impida su ejecución por otros motivos imputables a dolo o negligencia de alguna de las partes⁴⁹⁴.

Sobre tal cláusula penal, hay que tener en cuenta que no se contravenga la normativa sobre condiciones generales de la contratación, circunstancia que cabe predicar tanto de España como del común de los países de la Unión Europea⁴⁹⁵.

A.1. El incumplimiento del franquiciado como causa de resolución del contrato.

Dentro de las causas de resolución por inobservancia grave del contrato hay que entender comprendidas aquellas que literalmente lo violan en alguna de sus cláusulas específicas, y

intentado el cumplimiento o viceversa. *Vid. VV.AA. Derecho mercantil*, Guillermo J. Jiménez Sánchez (coord.), Vol. II, 6ª edición, 2000, p. 252. El art. 339 BGB establece que el deudor está obligado a pagar al acreedor, para el caso de que no haya cumplido su obligación o no la haya hecho de la forma que le corresponde, una suma de dinero; de forma que la penalización acontece cuando se produce la demora. Tal pago sustituye al cumplimiento. Sobre su eficacia y contenido, *vid. arts. 339-345 BGB*.

⁴⁹⁴ Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, *op.cit.*, p. 63-65.

⁴⁹⁵ Éste es el caso, *v.gr.*, de la normativa alemana, cuyo art. 9 AGBG declara ineficaces a aquellas cláusulas generales que causan un perjuicio inadecuado al contratante frente al que se usa, yendo contra el deber de buena fe (*entgegen den Geboten von Treu und Glauben*). A mayor abundamiento, el art. 11.6 AGBG, prohíbe aquellas cláusulas penales contempladas para el caso de demora en el pago, en la recepción o cumplimiento de la obligación, etc., si bien, tal disposición sólo es aplicable a los consumidores, como en el Derecho español -art. 8.2 LCGC- cabe predicar de las cláusulas abusivas. De esta forma, la cuestión se reduce a la adecuación de la cláusula penal al art. 9 AGBG. Habida cuenta que los arts. 339 BGB y ss. regulan tales cláusulas, la cuestión en el concreto contrato de franquicia, cuya ley alemana regule, es cotejar su contenido según las disposiciones del BGB en cuanto al contenido, dentro siempre de los márgenes establecidos en el art. 9 AGBG.

otras que lo vulneran en su espíritu, en el buen fin que se supone que deben empeñarse los contratantes, en definitiva, en la buena fe contractual⁴⁹⁶. Entre las primeras, encontramos situaciones como las siguientes:

- Motivaré la resolución el impago de los derechos de entrada en el plazo pactado. Difícilmente puede mantenerse la confianza si de entrada no se ejecuta la primera en el tiempo de las obligaciones del franquiciado. Igual será el caso de impago de los royalties, siempre que no se trate de una simple demora por causa razonable y no excesivamente dilatada.

⁴⁹⁶ Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho, op.cit.*, p. 113. La vulneración del deber de actuación conforme a los principios de buena fe y fidelidad o confianza posee igualmente un valor resolutorio en otros países de nuestro entorno. Así, *v.gr.*, puede consignarse válidamente en el contrato como causa de resolución, según vemos en el caso francés de la C. París, de 25 de mayo de 2000, en *Gazette du Palais*, enero febrero 2001, p. 261 y s., comentario de H. Vray. En éste, el Tribunal afirma la importancia de la relación de confianza en el contrato de franquicia, derivado, además, del principio genérico de ejecución de buena fe, y que justifica la resolución del pleno derecho por la actuación del franquiciado intencionalmente perjudicial para los intereses del franquiciador. La exigencia de comportarse en el contrato de forma que no quede dañada la fe mutua cobra virtualidad específica en este tipo de contratos, de confianza, de modo que se admite en caso de quedar ésta lesionada la resolución inmediata sin previo aviso en el Derecho suizo; así, admite la doctrina del país cantonal la aplicación al contrato de franquicia de la resolución «por justos motivos» contemplada en el art. 418r. 2. del *Code des obligations* para el contrato de agencia, y que opera igualmente tanto respecto del mandatario como del agente. Tales justos motivos pueden residir en un comportamiento que destruye la confianza recíproca, o con relación al conjunto de circunstancias propias de la relación contractual, una conducta intolerable para su continuidad según las reglas de la buena fe. En este sentido, se engloba tanto la violación contractual grave, como las conductas lesivas de pequeña importancia pero repetidas y, según la buena fe debida, advertidas. Por otra parte, la resolución no empece la indemnización de daños y perjuicios que en su caso pueda haber. Por último, en este tipo de contratos, la vía resolutoria específica prima sobre la solución general de los arts. 107 y 109 del mismo cuerpo legal que, en conjunto, aportan una solución idéntica a la establecida en nuestro art. 1124 C.c. *Vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 444 y ss.

- Impago al franquiciador de las mercancías y/o inmovilizados suministrados al franquiciado⁴⁹⁷.
- Que el franquiciado no realice la apertura del establecimiento en los plazos pactados.
- Que el franquiciado cierre el establecimiento por un periodo superior a 15 días por cualquier causa ajena a las vacaciones y a fuerza mayor.
- Si el franquiciado no respeta lo dispuesto en las disposiciones relativas a cesión y traspaso del negocio, de no-competencia y de secreto del know-how empresarial.
- En el caso de que no acuda a un porcentaje o un número estimado de reuniones organizadas por la central (si tal obligación está recogida en el contrato; en caso contrario, bien cabría quedar recogida en el siguiente conjunto de situaciones).
- Cuando se niega a recibir la formación inicial o permanente por el franquiciador.
- Cuando la calidad del servicio prestado a los clientes es ínfimo y no reúne los requisitos mínimos exigidos⁴⁹⁸.

Entre aquellas otras conductas que suponen mala fe contractual aunque textualmente no queden referidas en el tenor literal del contrato podemos citar⁴⁹⁹:

- El caso de que el franquiciado comunique al franquiciador informaciones erróneas, falsas o inexactas.

⁴⁹⁷ SAP Alicante núm. 473/2002, de 19 de septiembre, -JUR 2002/273078-, así como la SAP Alicante núm. 138/2002, de 14 de marzo, -JUR 2002/139857-, *cit.*, la SAP Córdoba núm. 163/2001, de 17 de septiembre, -JUR 2001/315448-, y la SAP Orense, de 7 enero 1999 -AC 1999/79-, *cit.*

⁴⁹⁸ SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-, *cit.*

- En caso de que el franquiciado comunique a los otros franquiciados de la cadena informaciones tendenciosas, equívocas o falsas.
- Cuando el franquiciado se niegue a colaborar en las visitas periódicas realizadas por el franquiciador.
- En caso de que el franquiciado atente contra la imagen de marca del franquiciador o haga un uso indebido de ésta.
- Si pone en peligro la finalidad del contrato contraviniendo las directrices del franquiciador.
- La concurrencia desleal del franquiciado con la actividad franquiciada⁵⁰⁰.
- La negligencia del franquiciado en la promoción de las ventas o en la prestación del servicio franquiciado.
- Calumniar al franquiciador, etc.⁵⁰¹
- En otros casos se trata de una forma de conducirse en la ejecución del contrato que malogra el buen fin de éste, al quebrarse la mutua confianza⁵⁰².

⁴⁹⁹ Específicamente en el ámbito contractual mercantil, el art. 57 C.co. establece que los contratos mercantiles se ejecuten y cumplan "de buena fe,...", de forma que se atienda a la finalidad económica que las partes han perseguido.

⁵⁰⁰ Éste es el caso cuando se utiliza el know-how franquiciado de forma que el franquiciado ofrece a sus clientes los mismos servicios bajo otro nombre comercial. *Vid.* SAP Navarra núm. 260/1999, de 11 noviembre -AC 1999/2446- y, en el ámbito francés, la Cass. Com. 17 noviembre 1998 (réf. 5653), *Gazette du Palais*, mayo-junio 1999, p. 40. Debe matizarse, según indica la Sentencia española que una cosa es las consecuencias de la infracción contractual derivadas del pacto de no-competencia, que puede dar lugar a la resolución del contrato y otra estimar que la conducta del franquiciado sea catalogada del competencia desleal. Efectivamente, una cosa es que el franquiciado se dedicaba a la misma actividad que el negocio franquiciado por su cuenta (incumplimiento del pacto de no-competencia), y otra que utilizase los mismos métodos o actos concretos de imitación o plagio (competencia desleal).

En ambos casos el listado referido de las mencionadas causas de resolución del contrato con justo motivo sólo cabe entenderlo de forma ejemplificativa⁵⁰³. Como parece obvio, los motivos que justifiquen la resolución del contrato dependerán del caso concreto, donde se actualiza la gravedad de la conducta lesiva.

A.2. El incumplimiento del franquiciador como causa de resolución del contrato.

Las obligaciones del franquiciador comprenden distintas fases de la vida del contrato, con distinto alcance y trascendencia para su propia supervivencia. Engloban cuestiones tales como la asistencia previa a la apertura del establecimiento (búsqueda de local y personal, estudio del mercado, financiación,...), la formación inicial y continuada del franquiciado y de su equipo de gestión⁵⁰⁴, la

⁵⁰¹ Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, pp. 127.

⁵⁰² Éste es el caso del franquiciado que, aunque se mostró dispuesto, en principio, a pagar las mercancías solicitadas contra su entrega en el establecimiento del franquiciador, no obstante exigió encontrándose éstas ya en él un nuevo requisito no mencionado hasta entonces, consistente en que, antes de retirarlas, quería comprobar su estado valiéndose de un técnico que, además del Notario, le acompañaba; es decir, quería proceder a su examen para lo que, al venir aquéllas en botes metálicos herméticos, sería preciso abrirlos. Ha de notarse que este derecho no se le había concedido en el contrato y que, conforme al art. 328 C.co., cabe entender que dispondría del mismo si se tratase de géneros que no tuviesen una calidad determinada y conocida en el comercio, lo que no correspondía a la situación porque lo que se cuestionaba no era la calidad de los productos, que no se discutía, sino la cantidad de los mismos. *Vid.* la SAP La Coruña, de 19 abril 2002, -JUR 2003/3876-.

⁵⁰³ La doctrina ha recurrido frecuentemente a listar algunos de estos incumplimientos siempre con el carácter indicativo al que nos hemos referido. *Vid.*, por todos, Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, *op.cit.*, p. 113 y Wildhaber, C. *Franchising im Internationalen Privatrecht*, *op.cit.*, pp. 110 y s.

⁵⁰⁴ Sobre la obligación que pesa sobre el franquiciador de informar debidamente del sistema de franquicia de forma actualizada y con los documentos que se precisen, y la valoración que le da la jurisprudencia alemana,

entrega de los manuales de franquicia, la asistencia técnica y/o comercial al franquiciado a lo largo de la vigencia del contrato, o la actualización permanente del know-how a las exigencias y tendencias del mercado.

Las posibilidades de incumplimiento son múltiples, según se manifiesta en la práctica negocial y en la jurisprudencia subsecuente nacional y en el Derecho comparado⁵⁰⁵. A este resultado conduce el retraso injustificado en la entrega de aquellos documentos técnicos que son absolutamente necesarios para el uso del know-how⁵⁰⁶, o si el franquiciador falla en su obligación de prestar la correspondiente asistencia técnica o know-how durante la duración del contrato⁵⁰⁷, incluyendo con relación al know-how la correspondiente formación al personal del franquiciado⁵⁰⁸.

Otros motivos alegados y solventados judicialmente hacen referencia a incumplimientos derivados de fallos en la entrega de otro tipo de documentación necesario para el desarrollo de la

vid. OLG München, Sentencia de 24 de abril de 2001 - 5 U 2180/00, Betriebs-Berater, núm. 35, 2001, pp. 1759-1762, y comentario de la misma en Böhner, R. "Bestand und Ausmass der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers - das "Aufina" -Urteil unter der Lupe", Betriebs-Berater, núm. 35, 2001, pp. 1749-1753.

⁵⁰⁵ Listado de las mismas, ejemplificativamente, puede verse en Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho, op.cit.*, p. 113.

⁵⁰⁶ CA París, 10 de marzo de 21989, *cit. en* Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, p. 111.

⁵⁰⁷ SAP Zaragoza núm. 256/2000 -AC 2000/1287-, *cit. En el ámbito francés, la Cass. Comm. 4 noviembre 1986, Recueil Dalloz, 1988, p. 23.*

⁵⁰⁸ Cuestión dirimida en sede arbitral española, referente del ámbito de la franquicia. *Vid. Corte de Arbitraje de Franquicia, "Laboratorio Lucas Nicolás, S.L. vs. Argüelles Vidal, S.L." relativo a la franquicia Vital Dent, publicado en www.aedef.com.*

franquicia frustrando el fin del negocio⁵⁰⁹, así como la incapacidad del franquiciador de resolver una situación de crisis por él provocada y que conduce irremisiblemente a la imposibilidad de mantener la franquicia⁵¹⁰, y la falta de atención a los pedidos de material que eran cursados y la ausencia de la promoción debida y por la que se pagó el correspondiente canon periódico⁵¹¹.

En algún caso, incluso, se describe una situación de incumplimiento generalizado de las obligaciones propias del franquiciador que conduce a la frustración del fin del negocio⁵¹². Situación jurídica que ya fue contemplada por el TS⁵¹³, como cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los contratantes; habiendo declarado la Jurisprudencia que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e ínsito en la causa, la prestación, aunque

⁵⁰⁹ Así, en una franquicia cuyo objeto es la venta de vehículos, la no entrega en un plazo razonable de la documentación que a éste debe acompañar, hace impracticable la venta e impide la creación de clientela que preferirán otro negocio, frustrando de este modo el fin del contrato. *Vid.* la SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-, *cit.*

⁵¹⁰ Tribunal de commerce de Toulouse, 8 de febrero de 1995, *Gazette du Palais*, 1996, 1^{er}. sem., pp. 84-87.

⁵¹¹ SAP Barcelona, de 28 noviembre 2003, -JUR 2007/5933-.

⁵¹² Esta situación de incumplimiento generalizado del franquiciador respecto de sus obligaciones esenciales, es propio de franquicias cuyo fin es obtener financiación de la captación de franquiciados más que de el éxito del producto o servicio objeto del negocio. Éste es el caso, *v.gr.*, dirimido en la SAP Alicante núm. 91/2003, de 6 de febrero, -JUR 2003/134973-, según se desprende de su Fto. Dcho. 2º, aptado. c) y de la SAP Alicante núm. 39/2003, de 16 de enero, -JUR 2003/114590-, ambas *cit.*. Sin necesidad de fundarlo en dicha causa, pero ejemplo igualmente práctico de esta situación de incumplimiento generalizado lo encontramos en la SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-, *cit.*, cuyo supuesto de hecho parte de que el franquiciador incumple sus obligaciones relativas a publicidad y al suministro del género a comercializar, pero también las de asistencia al franquiciado y transmisión del know-how.

⁵¹³ En STS de 27 de octubre de 1986, -RJ 1986/5960-.

físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido con el vínculo negocial, cuya conservación no procede y sí la resolución por incumplimiento a tenor del art. 1124 C.c.⁵¹⁴.

De forma semejante a la planteada en sede de nulidad del contrato, no existe una posición clara atribuible a las diferentes contingencias que pueden afectar a la titularidad de los derechos sobre bienes inmateriales cedidos y que acompañan a la franquicia⁵¹⁵.

Un motivo recurrente de conflicto es la no-obtención de resultados económicos según lo esperado por el franquiciado, imputándose a incumplimiento del franquiciador por crear falsas expectativas, y por la involucración concreta en los resultados del negocio en virtud de las prestaciones que le son propias. Cuestión sistemáticamente rechazada sobre la base de la independencia

⁵¹⁴ SSTs de 18 noviembre 1983 -RJ 1983/6488-, de 32 mayo 1985 -RJ 1985/2837- y 28 febrero 1986 -RJ 1986/862-, entre otras. En la SAP Barcelona núm. 38/2004, de 20 de enero -JUR 2004/61716-, alegado por el franquiciado un incumplimiento de estas características del franquiciador, no fue estimado por ocultar el verdadero motivo de la resolución instada, que no fue otro que el impago de los royalties que debía abonar a la franquiciadora.

⁵¹⁵ La SAP Vizcaya núm. 606/ 1999, de 3 de diciembre -AC 1999/7439- no se pronunció taxativamente sobre las consecuencias de no poseer la titularidad de la marca el franquiciador, al estar pendiente su inscripción en el Registro correspondiente de un contencioso- administrativo; si bien, muestra su posición contraria a estimar que tal circunstancia sirva de fundamento a las pretensiones del franquiciado por incumplimiento del franquiciador, habida cuenta que a aquél no le pudo pasar desapercibida tal circunstancia a la hora de celebrar el contrato. La jurisprudencia francesa no deja margen a la duda, estimando que ante el fallo en la solicitud de renovación de la marca garantizada, el franquiciado perjudicado está facultado para pedir la resolución del contrato y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, consecuencia de la obligación de mantener en la posesión pacífica de los derechos sobre bienes inmateriales licenciados con la franquicia al franquiciado, *vid. C.A. Versailles*, de 9 de diciembre de 1987, *Vid. Voillemot*, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, p. 100 y s.

empresarial del franquiciado, el cual asume explotar el negocio franquiciado bajo su única responsabilidad y sin garantía de éxito⁵¹⁶. Fuera de esta consideración quedan las consecuencias que se derivan de la falta de información, según ley, debida al franquiciado.

Una obligación no esencial en las relaciones de franquicia es aquella de la exclusividad territorial, si bien cuando es garantizada en el convenio, su incumplimiento por el franquiciador, incurriendo éste en concurrencia desleal, adquiere la condición de grave que imposibilita a éste alegar incumplimiento alguno del franquiciado ex art. 1124, o incluso conduce a la ruptura dolosa del contrato⁵¹⁷.

En ocasiones, el incumplimiento del franquiciador va más allá de la relación bilateral con algún franquiciado lesionado, alcanzado a la totalidad de la red y, como consecuencia, a los usuarios de la misma. Tristemente célebre es el caso de la franquicia Opening, cuyas consecuencias en los usuarios ha motivado su aparición en

⁵¹⁶ Y como el franquiciado suele encubrir bajo este motivo la resolución provocada por él del contrato de franquicia, los tribunales acaban fallando en contra del propio franquiciado, pues lo que queda demostrado es su propio incumplimiento. Así, la SAP Madrid, núm. 202/2004, de 2 de abril -JUR 2004/254187-, la SAP Sevilla, núm. 397/2002, de 17 de julio, -JUR 2002/261655- (recurso, a su vez, de la SJ Prim. Inst. Sevilla núm. 19, de 28 enero 2002, -JUR 2002/47775-), la SAP Burgos núm. 81/2002, de 11 de febrero, -AC 2002/892-, *cit.*, y la SAP Valencia núm. 31/2001, de 17 enero -AC 2001/1269- (En ésta, a modo de ejemplo de la argumentación vertida en este campo, no admite el Tribunal la alegación defensiva de la demandada imputando un supuesto incumplimiento a la demandante sobre la base de la irrazonabilidad de las previsiones económicas puestas de manifiesto con el folleto-tríptico suministrado, pues además que los datos son el cálculo de medidas negociales de los diversos establecimientos de la marca, desde luego la realización de objetivos de volumen de negocio y beneficios integran de suyo los conceptos de riesgo y ventura de la empresa mercantil y tal consideración nunca ha de pretender que le venga dada garantía cierta alguna al respecto).

⁵¹⁷ SAP Zaragoza núm. 256/2000 -AC 2000/1287-, *cit.* A idéntica conclusión se llega en la jurisprudencia francesa, según se desprende de la C. app. 5^o Ch. B, París, de 3 de junio de 1999, *Gazette du Palais*, mayo-junio 1999, p. 304.

los medios. En este caso, la imposibilidad de realización de los cursos proyectados sobre los que los alumnos matriculados efectuaron sus préstamos, no fue debida a un incumplimiento generalizado de los franquiciados de las distintas ciudades, supuesto inimaginable. Sin embargo, es de hacer notar que numerosos franquiciados han recibido demandas de alumnos perjudicados cuando no han tenido responsabilidad alguna en los hechos al ser estos producidos por la política impuesta por el franquiciador.

La causa hay que situarla en la expansión y creación artificial de una red cuyo principal objetivo ha sido la captación a través del sistema de franquicia de diversos franquiciados y estudiantes, quienes en breve espacio de tiempo han generado cuantiosos fondos, habiendo quedado defraudados en sus expectativas haciendo frente a los mismos, mientras los estudiantes han sufrido unas pérdidas en torno a los 1.200 euros por cada uno, mediante préstamos que quedaron interrumpidos ante la desaparición de la enseña. Como consecuencia, un grupo de franquiciados de OPENING y AIDEA, han procedido a través de los servicios jurídicos de AEDEF, a interponer querrela por los supuestos delitos de estafa, apropiación indebida y otros, contra el franquiciador⁵¹⁸.

Otra consecuencia valorable evidenciada en el caso Opening citado, es el desamparo en el que se ven sumidos los trabajadores de las empresas franquiciadas ante su quiebra, sin posibilidad de transmisión de responsabilidad alguna a la mercantil causante de la extinción⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Información proporcionada por la página web de la Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado, www.aedef.com

⁵¹⁹ Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, op.cit., p. 77 y s.

B. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS DISTINTAS AL INCUMPLIMIENTO.

B.1. La resolución debido a causas objetivas.

A. LA EXTINCIÓN DEBIDA A LA FUERZA MAYOR⁵²⁰.

Esta causa de extinción del contrato de franquicia, que acontece independientemente de la duración del mismo y que puede afectar a ambas partes, deviene de una causa imprevisible, irresistible y exterior a la persona y a los bienes de aquél cuyo cumplimiento de la obligación queda, por su causa, impedido y frente a la cual no se le pueden exigir responsabilidades⁵²¹.

Estas afirmaciones sólo pueden valer como fórmula genérica que no excusan de tener que juzgar cada caso según el criterio que imponga la naturaleza de la obligación y las circunstancias recurrentes. Así, la obligación de más frecuente incumplimiento de tener que pagar una cantidad de dinero, y que respecto del canon de entrada y/o pago de royalties es del grupo de las esenciales respecto del franquiciado, es insensible a la posibilidad derivada de caso fortuito⁵²².

Así, que el local de negocio se vea comprometido por un expediente de expropiación, que la actividad importadora del

⁵²⁰ No está claro si debe distinguirse entre los conceptos de fuerza mayor y de caso fortuito. El C.c., de un lado, los diferencia en cuanto que el obligado responde del caso fortuito pero no de la fuerza mayor (*vid.* arts. 457, 1602 y 1784 C.c.), y de otro, utiliza ambos términos indistintamente (*vid.* arts. 1096 y 1077 C.c.). Nosotros aquí no incidiremos en un deslinde que no afecta al objeto de la tesis.

⁵²¹ Como dice el art. 1105 C.c. "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables."

⁵²² Puig Bruteau, J. *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones, op.cit.*, p. 435.

franquiciador se trunque con ocasión de una guerra que implica al país de origen de las mercancías, son ejemplo de causas que dispensan de indemnizar al cocontratante por la inejecución del contrato⁵²³.

En el ámbito de la contratación internacional⁵²⁴, la fuerza mayor encuentra un marco de referencia en Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales⁵²⁵, entre otros

⁵²³ Leloup, J.-M. *La franchise. Droit et pratique, op.cit.*, p. 326.

⁵²⁴ Las circunstancias que en un contexto internacional pueden variar sustancialmente las condiciones de un contrato de tracto sucesivo (*hardship*), o impedir su ejecución totalmente (fuerza mayor) se multiplican en función de la multiplicidad de condiciones particulares de los países de ejecución del mismo (condiciones geopolíticas, de estabilidad económica, etc.). A más ende, los principios tradicionales desarrollados en los ordenamientos jurídicos nacionales son absolutamente inadecuados para responder a las nuevas exigencias del comercio internacional. Principios que, tanto en países de Derecho civil como de Derecho común, se basan en el *pacta sunt servanda*, del que se deriva la doctrina del Derecho romano de la fuerza mayor; la cual, en los términos en los que ésta es desarrollada en el Derecho continental y en el anglosajón, impide la adaptación del contrato modificándolo de forma que pueda salvar los impedimentos surgidos cuando estos de alguna forma sean salvables. Por esta razón, es evidente la dificultad de extraer en los distintos sistemas nacionales una obligación de renegociar las condiciones del contrato, en ausencia de una cláusula explícita en tal sentido. Los modelos de redacción de dichas cláusulas, o el establecimiento de su alcance, surgidos en el seno de instituciones como la UNIDROIT o la Cámara de comercio internacional suponen una ayuda estimable en la consolidación de una práctica del comercio internacional tendente a la conservación del negocio. *Vid.* descripción del fenómeno indicado y de las distintas soluciones nacionales en Frignani, A., *Il contratto internazionale*, Padua: CEDAM, 1990, pp. 193-204.

⁵²⁵ El concepto y alcance de la fuerza mayor se contiene en el art. 7.1.7 de los Principios. Según éste, (1) *El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.* (2) *Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.* (3) *La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de*

textos de Derecho uniforme citados, y sobre cuyo alcance nos remitimos al apartado correspondiente.

B. LA EXTINCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA PERSONALIDAD DE LAS PARTES.

Según hemos indicado *supra*, el contrato de franquicia es de los calificados como *intuitu personae*, siendo parte importante del éxito del negocio franquiciado la adecuada selección del empresario que acepta entrar en la red o sistema del franquiciador. Consecuentemente, las contingencias que afecten de forma sustancial al franquiciado, persona física o jurídica, puede repercutir en la misma existencia del contrato⁵²⁶.

que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido."

⁵²⁶ Sobre el particular, en el ámbito de la contratación internacional, *vid. Unidroit, Guide to International Master Franchise Arrangements*, capítulo 13, *op.cit.*, p. 159-166. Matizadamente en contra, (De) Haller, Thierry. *Le contrat de franchise en droit suisse, op.cit.*, pp. 126-130. Este último autor sostiene la pervivencia en determinados supuestos y con ciertas garantías de la franquicia subrogándose en la posición del franquiciado muerto o incapacitado sus herederos, tutor o empresa que haya absorbido la franquiciada. A su vez, totalmente en contra, Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho, op.cit.*, p. 112, autor para el que la falta de afinidad de causa entre el contrato de franquicia y los contratos duraderos de colaboración, y la proximidad de aquél a la cesión de bienes inmateriales, imposibilitan su extinción por aquellas causas que les son específicas y que toman como base, precisamente, el carácter personal de la relación (desestimiento unilateral, muerte o declaración de fallecimiento de la parte, etc.).

b.1. La extinción del contrato de franquicia por circunstancias que afectan al franquiciado – persona física-.

Bajo este epígrafe cabe contemplar las circunstancias de muerte, incapacidad o jubilación del franquiciado, en cuanto a la importancia que éste tiene para el franquiciador en la conclusión del contrato.

En este supuesto habrá que estar a lo que determine el concreto contrato de franquicia, lo que dependerá, entre otras variables, de la importancia de la concreta persona del empresario franquiciado y de si éste es persona física o jurídica. En el caso de ser persona física, su muerte o declaración de incapacidad para el trabajo, determinará el fin del contrato, salvo que en éste se haya determinado previamente su transmisibilidad⁵²⁷.

⁵²⁷ Nebel, J., Schulz, A. y Wessels, A.M. *Das Franchise-System: Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, op.cit., p. 245. Es frecuente en la doctrina alemana la estimación de la muerte y la incapacidad para el trabajo y/o para ejercer el comercio como causa de terminación del contrato de franquicia en cuanto que personalísimo, aplicándole la normativa del contrato de gestión de negocios ajenos (art. 673 BGB); así, vid. Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, op.cit., p. 118; Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", op.cit., pp. 715 y s. y Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, op.cit., p. 95 y 128. Éste es el sentido aplicado a la franquicia por el Derecho suizo, en la normativa propia del contrato de agencia que le es analógicamente aplicable (art. 418s 1 y 2 del *Code des obligations suisse*. Vid. www.admin.ch/ch/f/rs/220/a418s.html). En su virtud, el contrato de agencia finaliza por la muerte o la incapacidad del agente, y por la quiebra del mandante, cuando el contrato ha sido concluido esencialmente en razón de su persona, a salvo de la voluntad de los herederos de continuar con la ejecución del contrato. En caso de incapacidad del franquiciador o del franquiciado afirma De Haller la posibilidad de continuar el contrato en el marco del art. 412 del *Code civil suisse* (*Le pupille auquel l'autorité tutélaire permet expressément ou tacitement d'exercer une profession ou une industrie, peut faire tous les actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie; il est, en raison de ces actes, tenu sur tous ses biens*)., Vid. Haller, T. (De). *Le contrat de franchise en droit suisse*, op.cit., p. 129.

Sin embargo, el supuesto más frecuente es que el franquiciado sea una persona jurídica, de forma que cabría matizar el carácter *intuitu personae* del negocio jurídico a favor de su consideración como *intuitu instrumentii*, es decir, no tanto por la concreta persona física que dirige el negocio franquiciado sino de la empresa o sociedad que opta por entrar en la red franquiciada que, de esta manera, garantiza la adecuada gestión y supervivencia del negocio más allá de las contingencias personales de quienes lo dirigen en cada momento⁵²⁸. Aquí podemos establecer una diferencia con el contrato de agencia, donde sí es decisiva la persona del agente⁵²⁹.

b.2. La transmisión de la empresa franquiciada como causa de extinción del contrato.

Semejantes consideraciones son aplicables *mutatis mutandi* para el caso de transmisión de la empresa por parte del franquiciado. Sobre esta posibilidad, si bien no suele establecerse una imposibilidad absoluta, sí la obligación de comunicación y/o autorización del franquiciador⁵³⁰. Así, la ausencia del consuno/autorización de cesión otorgada por el franquiciador bien

⁵²⁸ Alonso Soto, R. "Los contratos de distribución comercial", *op.cit.*, p. 181. Incidiendo en este doble tratamiento de la muerte o jubilación del franquiciado según éste sea persona física o jurídica, J.F. Aguiló entiende aplicable a la primera situación el cese de pleno derecho del contrato admitido para el contrato de concesión mercantil, admitiendo su continuidad en el segundo caso. Vid. Aguiló Piña, J.F. "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", *op.cit.*, pp. 4816.

⁵²⁹ Desde el punto de vista de la práctica de cada uno de los negocios se infiere este matiz que avala la consideración del franquiciado en su cualidad de empresa: en la agencia y en la comisión, es importante quién ostenta la representación del mandante en la captación y en el trato de los clientes; en la franquicia, los clientes no han de conocer al franquiciado, sino reconocer la enseña y el producto o servicio del franquiciador.

⁵³⁰ Igual en el ámbito de la contratación internacional, *vid. Unidroit, Guide to International Master Franchise Arrangements, op.cit.*, p. 164 y s.

puede ser causa fundada de resolución contractual por incumplimiento⁵³¹.

El carácter personalísimo de la relación determina la importancia otorgada a esta cuestión también en el clausulado contractual. De hecho, las condiciones en las que se podría realizar una cesión de los derechos del contrato y el derecho preferente de compra del franquiciador (retracto)⁵³² es uno de los elementos esenciales de la franquicia⁵³³.

El retracto aquí ejercible sólo cabe si se pactó expresamente en el contrato, ya que sólo cabe el de tipo convencional y no el legal⁵³⁴. Sobre el particular, es conveniente que se fije en el

⁵³¹ Así en la SAP Huesca núm. 355/1998, de 20 noviembre -AC 1998/2476-, donde se afirma que "...Al haber el franquiciado cedido sus derechos a una tercera persona sin consentimiento del franquiciador, existe una legítima causa de resolución que no da lugar a reconocer derecho alguno a la devolución del dinero entregado como canon inicial ni al pago de los pretendidos daños y perjuicios reclamados. Se trata de un contrato "intuitu personae" es de esencia que para que la cesión de derechos tenga eficacia frente al franquiciador, éste haya prestado su expreso consentimiento...".

⁵³² Éste derecho preferente de recompra del franquiciador conforma un particular derecho de retracto, que reclama la aplicación analógica de los arts. 1507 y ss. C.c., en virtud del art. 4 del mismo cuerpo legal. Aplicación analógica de las disposiciones de la normativa civil sobre compraventa con carácter subsidiario sancionada en la STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-.

⁵³³ Art. 5.3 del Código Deontológico Europeo de la Franquicia (www.franquiciadores.com). Conclusiones semejantes cabe predicar respecto de la práctica alemana, con relación a la necesidad de autorización del franquiciador, *vid. Liesegang, H. Der Franchise-Vertrag, op.cit.*, p. 32.

⁵³⁴ Art. 1507 y ss. C.c. Sobre el particular, *vid. Farré Alemán, J.M. Código civil comentado y concordado, op.cit.*, pp. 1455-1466, y el comentario de González Poveda, P. "Del retracto convencional", en *Comentario al Código Civil*, Ignacio Sierra Gil De La Cuesta (coord.), Tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 458 y ss. Más extensamente sobre la figura del retracto convencional, *vid. Mateo Sanz, J.B. El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*, Madrid: Dykinson, 2000. Ahora bien, este derecho que descansa en el franquiciador debe quedar limitado a la condición de que el franquiciado desee transmitir la franquicia, pues si no se matiza, configura un derecho subjetivo que permitiría al franquiciador recuperar la franquicia cedida en virtud del retracto ejercido.

contrato un precio, con el objeto de evitar futuras discusiones para su fijación⁵³⁵.

Como matización cabe añadir que la limitación derivada del carácter personalísimo del negocio de franquicia afecta exclusivamente al franquiciado, de forma que en caso de cesión de la red por la empresa franquiciadora, el franquiciado no podrá romper su contrato por este motivo⁵³⁶.

Mención aparte merece, dentro de esta sede, las limitaciones que en ocasiones se establecen contractualmente en los acuerdos de franquicia limitando la transmisibilidad de la condición de socio de la persona que ostenta la condición de socio mayoritario en la sociedad, el ingreso de nuevo socios en las sociedades personalistas, o la enajenación de acciones o de participaciones en las Sociedades Anónimas, Comanditarias por Acciones, o de

En cuanto al ejercicio del retracto, hay dos elementos a tener especialmente en cuenta en el contrato de franquicia y cuya consideración aquí excede nuestros propósitos: 1. De un lado, que puede ejercitarse contra el comprador - franquiciador- y sus herederos, así como contra los eventuales terceros adquirentes; 2. Del otro, que incluyendo prórrogas, no puede exceder del plazo máximo de 10 años. En Derecho civil, *vid.* Castán Tobeñas, J. *Derecho civil español, común y foral*, tomo 4º: Derecho de obligaciones, Madrid: Reus, 1993, pp. 170-172. Sobre la cuestión del pacto legal, *vid.* en la exhaustiva monografía de De La Iglesia Monje, M.I. *El derecho de retracto convencional*, Valladolid: Lex Nova, 2001, pp. 268-279.

⁵³⁵ Nebel, J., Schulz, A. y Wessels, A.M. *Das Franchise-System: Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, *op.cit.*, p. 243.

⁵³⁶ Como ha señalado la jurisprudencia fallando en contra de la franquiciada que dejó de pagar el canon periódico alegando cambio en la empresa franquiciadora. En la cesión operada, el franquiciador cesionario adquiere todos los derechos que correspondían al cedente y queda gravado con todas las obligaciones que imponía el contrato original, como si hubiese sido el contratante inicial, y todo ello sin novación extintiva (manteniéndose la integridad de las estipulaciones). Y más cuando, dicha cesión notificada al cedido, la franquiciada, no sólo no motiva su oposición sino que abona el canon al cesionario, *vid.* la SAP Barcelona, de 31 marzo 2001, -JUR 2001/215218-, *cit.* En el mismo sentido, la doctrina, Bensoussan, H. *Le Droit de la Franchise*, *op.cit.*, p. 242 y s.

Responsabilidad Limitada. Tales pactos sólo afectarán a la sociedad si ésta recoge tales limitaciones en sus estatutos inscritos en el Registro Mercantil⁵³⁷.

b.3. La extinción por causas concursales

Una de las consecuencias jurídicas tradicionalmente derivadas de la insolvencia empresarial es producir la finalización de la relación obligatoria, o bien de modo inmediato a través de su configuración como causa de extinción del contrato en aquellos casos donde viene normativamente determinado, o bien frecuentemente de un modo mediato a través de su articulación como causa de denuncia o de disolución del mismo⁵³⁸.

Por el contrario, si el franquiciador o el franquiciado se ven incurso en tal procedimiento concursal el contrato de franquicia se ve necesariamente implicado, sin que sin embargo quepa inferirse sin más el fin automático del mismo. Circunstancia que incide, además, en el resto de relaciones obligatorias que pueden derivarse de las relaciones que tienen como base el negocio, así el suministro de bienes franquiciados, o el contrato de alquiler que a veces se suscribe entre las partes⁵³⁹.

La situación descrita, a su vez, va a resolverse de forma distinta si el proceso estaba en tramitación con anterioridad al 1 de

⁵³⁷ Ruiz Peris, J.I. Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, *op.cit.*, p. 91.

⁵³⁸ Lara González, R. *Las causas de extinción del contrato de agencia*, *op.cit.*, p. 335.

⁵³⁹ En este caso, la resolución del contrato estaría motivada por la frustración de su fin ante la imposibilidad de su cumplimiento, sobre lo que la jurisprudencia ya se ha pronunciado. Así, respecto de un contrato de leasing y de la compraventa a él ligada, *vid.* la STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264).

septiembre de 2004⁵⁴⁰, fecha de la entrada en vigor de la nueva ley concursal, o con posterioridad a este momento⁵⁴¹. Reforma normativa a la que hay que sumar la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, excepto en su art. 1 (efectos de la declaración concursal sobre el deudor) y excepto lo establecido en su disposición transitoria, que establece la entrada en funcionamiento los juzgados de lo mercantil respecto de las funciones atribuidas a los mismos en la Ley Concursal a partir de la mencionada fecha del 1 de septiembre de 2004; hasta ese momento, sus funciones debían ser asumidas por los Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción⁵⁴².

B.3.A. SITUACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA AFECTADO POR UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL INCIDENTE EN UNA DE LAS PARTES.

La situación del contratante en un negocio de franquicia declarado insolvente con posterioridad al pasado 1 de septiembre, ha variado sustancialmente respecto de aquellas situaciones semejantes sometidas a la legislación concursal derogada⁵⁴³. La

⁵⁴⁰ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (BOE núm. 164 de 10 de julio, pp. 26905-26965). En adelante, LCon.

⁵⁴¹ *Vid.* la "Disposición transitoria primera. Procedimientos concursales en tramitación", de la Ley 22/2003 concursal.

⁵⁴² Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 164 de 10 de julio, pp. 26901-26905).

⁵⁴³ *Vid.*, respecto la legislación anterior y sus consecuencias, Cerdá Albero, F. y Sancho Gargallo, I., *Curso de Derecho concursal*, Madrid: Colex, 2000; Gallego Sánchez, E. "La quiebra: efectos de la declaración: la inhabilitación del quebrado y la nulidad de los actos posteriores a la fecha de retroacción", en *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, J. Hernández Martí (coord.) vol. I, cap. V, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 287 y ss.; Hernández Martí, J. "La quiebra: efectos sobre los contratos", en *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, J. Hernández Martí (coord.) vol. I, cap. IX, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 627 y ss.; Uría, R., Menéndez, A. y Beltrán, E.,

normativa vigente permite superar las disfuncionalidades provocadas por las soluciones arcaicas, desfasadas respecto de la realidad, así como por la dispersión reguladora existente. Con arreglo a este objetivo, el nuevo Derecho concursal se inspira en los siguientes principios⁵⁴⁴:

- Los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema⁵⁴⁵. El de unidad legal significa que una sola Ley regula los aspectos sustantivos y procesales del concurso, aunque se contengan en dos leyes distintas. La unidad de disciplina unifica los procesos para deudores mercantiles y civiles otorgando de este modo un estatuto conjunto a ambas situaciones de Derecho privado. La unidad de sistema consiste en que un solo procedimiento permite distintas soluciones alternativas (fase común, convenio y liquidación concursal), sobre la base de un único presupuesto objetivo para la declaración de concurso, que es la noción sustantiva de insolvencia: "*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*"⁵⁴⁶.
- El segundo principio que inspira la nueva legislación concursal es el de legalidad o institucionalización del concurso, en virtud del cual nace un Derecho especial,

"Efectos de la declaración de la quiebra", en *Curso de Derecho mercantil*, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), tomo II, Madrid: Civitas, 2001, pp. 945 y ss.

⁵⁴⁴ Comentarios a la reforma concursal pueden verse en Pulgar Ezquerro, J. "Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)", *La Ley*, 27 sept. 2004, pp. 1-9; Olivencia, M. "Los principios de la reforma concursal", *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 7-20, y *vid.* Asimismo, Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17^a ed., *op.cit.*, pp. 1040 y ss.

⁵⁴⁵ Fto. II de la Exposición de Motivos LCon.

sustantivo y judicial, que definen y regulan el estado de insolvencia financiera que amenaza la existencia de la empresa, y las soluciones posibles una vez producida, bien mediante la reorganización y el saneamiento de la empresa, bien con su liquidación y la reasignación de los recursos invertidos en ella.

- El tercer principio es la comunidad de sacrificios o colectivización del déficit del patrimonio del deudor común, que alcanza en mayor o menor medida a todos los acreedores.
- El cuarto principio es el de la eficacia limitando los efectos del concurso sobre la continuación de la actividad del deudor, mantenimiento la vigencia de los contratos pendientes de cumplimiento, regulando la iniciativa del deudor y acreedores para la iniciación del concurso y los efectos excepcionales del concurso.
- El quinto principio es la flexibilidad del concurso basada en el empleo de numerosos conceptos normativos abstractos y en el reconocimiento de una amplia discrecionalidad al juez del concurso, si bien todas sus resoluciones serán motivadas.

De esta forma, la situación del contratante afectado por la declaración de insolvencia no va a divergir según se sea declarado suspenso o quebrado, siendo único el tratamiento, si bien divergirá en cuanto a la capacidad de disposición y administración sobre su patrimonio en función de que el concurso de acreedores tenga la consideración de voluntario o de necesario⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Art. 2.2. LCon.

⁵⁴⁷ Según el art. 22 LCon., el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del

Así, en el caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien queda sometido en su ejercicio a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad⁵⁴⁸. La situación resultante es semejante a la producida en el caso de suspensión de pagos.

Si éste es necesario, por el contrario, se suspenderá el ejercicio de tales facultades del deudor, que ejercerán los administradores concursales⁵⁴⁹, de forma análoga a la que ocurría bajo la anterior normativa concursal, en la quiebra. Más allá de las analogías reflejadas, existen matizaciones que merecen ser destacadas:

1. Así, en primer lugar, los efectos atribuidos a la situación de concurso voluntario o necesario no son estancos: el juez, en virtud de acuerdo motivado, podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario, o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario⁵⁵⁰.
2. En segundo lugar y, lo que es más importante, en cualquiera de los dos casos, con independencia de si las facultades de administración y disposición del patrimonio las ejerce el propio deudor con la intervención de los administradores concursales, o si son estos quienes las ejercen en sustitución de aquél, la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el

propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. También será necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

⁵⁴⁸ Art. 40.1 LCon.

⁵⁴⁹ Art. 40.2 LCon.

⁵⁵⁰ Art. 40.2 Lcon.

deudor. Sólo como excepción, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o suspensión, total o parcial de ésta⁵⁵¹.

De lo que se desprende un claro *favor negotii* inspirador de la normativa concursal en vigor, en virtud del cual el contratante solvente no encuentra fácil acomodo legal para resolver el contrato ex. art. 1124 C.c. cuando la otra parte se encuentra inmersa en un proceso de estas características⁵⁵². La duda podría surgir respecto del alcance otorgado a la autonomía de la voluntad en cuanto que la resolución venga pactada en el clausulado del contrato cuando una de las partes, en referencia a la franquicia siempre hablaremos del franquiciado, se vea sometida a la declaración de concurso.

La respuesta la encontramos en la novedosa previsión de la ley concursal relativa a los efectos de la declaración de concurso en los contratos, situación contemplada en el Capítulo III de la LCon., en sus arts. 61 a 70 bajo el epígrafe "*De los efectos de los contratos*", y que recoge una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley⁵⁵³.

Como regla general, la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones

⁵⁵¹ Art. 44 Lcon.

⁵⁵² Por otra parte, ya vimos que, según la normativa concursal derogada, no cabía sin más considerar la resolución del contrato donde una de las partes ha sido declarada en suspensión de pagos, como tampoco cuando se declaraba la quiebra, donde tal decisión quedaba a expensas de la opción de cumplimiento de los síndicos en virtud del art. 909.9.II Ccom.

⁵⁵³ Fto. III Exposición de Motivos LCon.

recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa⁵⁵⁴.

Así, respecto de los contratos celebrados por el deudor incurso en el procedimiento concursal, si la otra parte cumplió íntegramente sus obligaciones al momento de la declaración de insolvencia, las recíprocas que a aquél le correspondiesen integrarán la masa pasiva del concurso, y viceversa; esto es, en cuanto que la parte insolvente cumplió y la otra es deudora de sus obligaciones, éstas integrarán el activo de la masa del concurso⁵⁵⁵.

Por lo tanto, si franquiciador o franquiciado se ven en un procedimiento de estas características, no por ello dejarán de ejecutarse las prestaciones pendientes derivadas del cumplimiento ya efectuado por la otra parte. Evidentemente, respecto de las obligaciones aún no vencidas, en cuanto que contrato de tracto sucesivo con un fuerte carácter fiduciario, lo procedente es entender su continuidad como parte en un proceso liquidatorio, por lo tanto, dirigido al fin del contrato. De todas formas, si éste es de duración indefinida, podrá resolverse en virtud de la capacidad de resolución unilateral que resta en los contratantes en este tipo de contratos⁵⁵⁶.

No obstante el *favor negotii*, si hubiese contravención que justificase la resolución por incumplimiento posterior de alguna de las partes e, incluso, al tratarse la franquicia de un negocio de tracto sucesivo, por incumplimiento anterior a dicha declaración del concurso, podrá ejercitarse la oportuna acción resolutoria ante el juez competente que, eventualmente, y en interés del concurso,

⁵⁵⁴ Art. 61.2 LCon.

⁵⁵⁵ Art. 61.1. LCon.

⁵⁵⁶ Art. 63.1. LCon.

podrá acordar a pesar del incumplimiento la ejecución del contrato⁵⁵⁷.

De otro modo, sólo puede acordarse la terminación extemporánea del contrato, acorde con lo indicado en la ley concursal, si ésta es conveniente al interés del concurso. Tal petición se iniciará por la administración concursal, en caso de suspensión, o por el concursado, en caso de intervención.

Ante tal eventualidad, el juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa⁵⁵⁸.

Cabe concluir que la resolución depende de la opción de cumplimiento acordada por el juez, a semejanza de la potestad que descansaba en los síndicos para el caso de quiebra en virtud del art. 909.9º.II C.com. La diferencia fundamental radica en que bajo la actual legislación concursal se entiende que las obligaciones pendientes de cumplimiento integran la masa de forma que la excepción es la resolución del contrato; por el contrario, bajo la

⁵⁵⁷ En virtud del art. 62 LCon. (resolución por incumplimiento). En este caso, y acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

⁵⁵⁸ Art. 61.2 LCon.

anterior normativa la excepción era la aceptación por los síndicos de tales obligaciones, pues de lo contrario la parte no quebrada podía resolver el contrato en virtud del art. 1124 C.c.

El *favor negotii* va más allá al negarle incluso validez alguna a las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes⁵⁵⁹ supuesto, por otra parte, típico de la práctica negocial en la franquicia. A salvo de esta prohibición se encuentran aquellos contratos regidos por leyes que disponen o expresamente permiten pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes⁵⁶⁰, y cuya aplicación extensiva podría ser planteada por la jurisprudencia con relación al contrato de franquicia caracterizado por su fuerte componente personalista *-intuitu personae-* debido a una alteración de esta

⁵⁵⁹ Art. 61.3 LCon.

⁵⁶⁰ Art. 63.2 LCon. Éste es el caso del contrato de sociedad (*Vid.*, respecto del contrato de sociedad civil, el art. 1700.3° C.c., comentado por Hernández Gil, F., "De los modos de extinguirse la sociedad", en *Comentario del Código civil*, I. Sierra de la Cuesta (coord.), tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 880 y ss., y Moreno Gil, O. *Código civil y Jurisprudencia concordada, op.cit.*, pp. 1843 y ss.; respecto de las sociedades personalistas, el art. 221.3° C.com.; y respecto de las sociedades colectivas, el art. 222.3° C.com.). También es el caso para el contrato de comisión respecto del comisionista que quiebra (art. 280 C.com), e igualmente respecto del mandato (respecto del que es causa de extinción contractual la quiebra o insolvencia tanto del mandante como del mandatario, según lo dispone en el art. 1732.3° C.c., comentado por Hernández Gil, F., "De los modos de acabarse el mandato", en *Comentario del Código civil*, I. Sierra de la Cuesta (coord.), tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 972 y ss., y Moreno Gil, O. *Código civil y Jurisprudencia concordada, op.cit.*, pp. 1881 y ss.). También es el caso del contrato de agencia (así, el art. 26.1 LCA faculta a cada una de las partes en el contrato de agencia a resolver el contrato en cualquier momento y sin previo aviso, en el caso de que la otra parte haya sido declarada en estado de quiebra o haya sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos.). E igualmente cabe señalar respecto de determinados contratos de tracto sucesivo (arts. 34-37 de la Ley de Contrato de Seguro, respecto del contrato de seguro de daños y perjuicios o el art. 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

naturaleza de las circunstancias personales de uno de los contratantes que lesiona definitivamente la confianza mutua⁵⁶¹, pero sin que en la actualidad encuentre justificación legal que lo ampare.

*B.3.B. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS CONCURSALES (CONT.).
EXCURSO: INSOLVENCIA DEL FRANQUICIADO Y ASUNCIÓN DE SU
POSICIÓN EN EL MERCADO FRENTE A CONSUMIDORES Y
USUARIOS.*

Una cuestión práctica que ha dado lugar a un proceso judicial en España es la cuestión de si puede, o incluso debe, imputarse al franquiciador los compromisos derivados del contrato de franquicia con terceros con ocasión de tal negocio y, particularmente, con relación a los consumidores o usuarios del producto o servicio franquiciado⁵⁶².

⁵⁶¹ Como ya hemos referido antes, el "*intuitu personae*" cede al "*intuitu instrumenti*", de forma que la persona queda desvinculada de la empresa y es ésta la que opera en el tráfico económico. Consecuentemente, tal relación personal viene ahora referido a un tipo de estructura organizativa, a unos medios de producción, a unas cualidades de gestión. Por ello, la extinción se produciría como efecto de la concurrencia de distintas causas: de un lado, la imposibilidad patrimonial del incurso en tal procedimiento de responder a sus obligaciones; de otro, la infungibilidad de la persona -una empresa-, que queda profundamente alterada por la apertura de un procedimiento de insolvencia. Idea expuesta respecto los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales, concretamente aquí respecto del mandato, en Lara González, R. *Las causas de extinción del contrato de agencia, op.cit.*, n.p. 542, p. 337. La doctrina alemana entiende que, respecto del franquiciado, esta situación es "subjetivamente imposible", y conduce a la resolución del contrato; *vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op.cit.*, p. 118 y s. y Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen, op.cit.*, p. 95.

⁵⁶² Cuestión dirimida en la *litis* objeto de la SAP Asturias núm. 17/2004, de 13 de enero, -JUR 2004/100762-, *cit.*. La derivación de las consecuencias de la quiebra del franquiciado al franquiciador y viceversa, también ha sido planteada recurrentemente en el ámbito laboral, con ocasión de las extinciones contractuales de los trabajadores del primero, en sentencias que ya hemos citado. Repercusiones valoradas también en el ámbito doctrinal por Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente, op.cit.*

La respuesta se encuentra en la misma naturaleza del contrato de franquicia. Efectivamente, éste es un contrato de distribución integrada *en sentido amplio* y, por tanto, se enmarca dentro de los contratos de distribución con el resultado de que los consumidores identifican los bienes fabricados o distribuidos o los servicios prestados por el franquiciado con los fabricados, distribuidos o prestados por el franquiciador (y de ahí el control que suele imponer el franquiciador sobre el franquiciado al contratar la franquicia) pero ello, no obstante, la red de distribución que surge de la franquicia se articula sobre la base de la independencia jurídica de los franquiciados respecto del franquiciador.

La primera consecuencia es que el franquiciado actúa frente al consumidor/usuario interesado en el producto o servicio como persona independiente, en cuanto que sociedad mercantil distinta de la franquiciadora, con lo que no se puede hablar de vinculación directa entre el franquiciador y el destinatario del producto o servicio.

La segunda consecuencia es que la aceptación de los compromisos incumplidos por el franquiciado derivado de la quiebra sólo puede darse en virtud de expromisión, delegación o por asunción de deuda, todos los cuales exigen la voluntad del franquiciador en tal sentido⁵⁶³.

⁵⁶³ La expromisión supone un acuerdo entre el acreedor y un tercero, manteniendo al margen el deudor originario, por el que el tercero asume la obligación liberando al primitivo deudor. En la asunción de deuda, con el consentimiento del acreedor, el deudor originario celebra un contrato con otro que asume la obligación del primero y en la delegación el delegante (deudor originario) incita, da una orden o autorización a otro (el delegado) a fin de que realice una prestación o emita promesa de pago a favor del acreedor (delegatario). En la Sentencia comentada, relativa a un caso de franquicia internacional de enseñanza de idiomas, cuya franquiciada en Gijón quebró, a pesar de que la master franquiciada asumió la enseñanza de idiomas

En otro orden de consecuencias, las víctimas de daños, como es el caso de una intoxicación, sólo podrán demandar al franquiciador si la causa del daños son los elementos centralizados (el know-how industria cedido o el método de prestación de un determinado servicio)⁵⁶⁴.

C. EL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO COMO CAUSA ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA.

Es una causa natural de extinción del contrato que deja de producir sus efectos cuando se ejercita la denuncia, siempre dentro de los términos pactados. Se inscribe en el marco de la autonomía de la voluntad del art. 1254 C.c., que permite a los contratantes establecer cuantos pactos y condiciones estimen oportunos siempre que no contradigan la ley, la moral y las buenas costumbres sin que, por otra parte, suponga infracción del art. 1256 del mismo cuerpo legal⁵⁶⁵, que prohíbe que un contratante se reserve la opción entre cumplir o no lo pactado, o de considerar válida o no la relación contractual, a su voluntad, pero no impide que se establezcan cláusulas creadoras de facultades unilaterales, como es la denuncia unilateral por expiración del plazo convenido.

comprometidas en un gesto de buena voluntad y de preservar su imagen (según se infiere de la secuencia de los hechos acreditados), entendió el tribunal *a quo* que no se daba ninguna de las tres circunstancias anteriores, con lo que desestimó la pretensión de los demandantes. *Vid.* SAP Asturias núm. 17/2004, de 13 de enero, -JUR 2004/100762-, *cit.*

⁵⁶⁴ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17^a ed., *op.cit.*, p. 834.

⁵⁶⁵ Ragel Sánchez, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, *op.cit.*, p. 361.

B.2. La resolución debida a la denuncia unilateral del contrato de franquicia por tiempo indefinido.

A. ADMISIBILIDAD DEL DESESTIMIENTO UNILATERAL.

Es un principio general del Derecho aplicable a las relaciones obligatorias el que los pactos y acuerdos deben cumplirse (*pacta sunt servanda*). En la misma línea, el art. 1256 C.c. establece que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato. Tal espíritu de cumplimiento del contrato que se deriva, además, de la buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes, no es óbice para que nuestro ordenamiento jurídico entienda que no son protegibles las vinculaciones perpetuas, que contrarían el orden público⁵⁶⁶

Esta tensión entre el deber de cumplir los compromisos adquiridos y la prohibición de su perpetuidad, se resuelve en la facultad de denuncia unilateral del contrato cuando éste es de duración indefinida⁵⁶⁷. Tal posibilidad viene reconocida en nuestra normativa respecto de determinados contratos⁵⁶⁸, y es extendida y

⁵⁶⁶ La duración del contrato «a perpetuidad» es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, motivo de la contrariedad al orden público (así, el art. 1583 C.c., establece que el arrendamiento de servicios hecho por toda la *vida es nulo*). Incompatibilidad que tiñe de ilicitud la causa del referido contrato, con la consiguiente nulidad radical del mismo (art. 1275 del Código Civil, en relación con el 1255 de este cuerpo legal). *Vid.* SSTs núm. 963/1998, de 26 de octubre -RJ 1998/8237-, y de 19 diciembre 1985 -RJ 1985\6600- (Fto. Dcho. 10º: "*la perpetuidad es... opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico...*").

⁵⁶⁷ Entiéndase de duración indefinida cuando el mismo carece de pacto alguno de vigencia temporal o, lo que es igual, cuando no contiene pauta contractual alguna que permita conocer la verdadera intención de las partes acerca de la duración del mismo.

⁵⁶⁸ Es el criterio seguido por nuestro C.c. para todos aquellos supuestos en que entre los interesados median relaciones obligacionales por tiempo indefinido,

aceptada como principio general por nuestra jurisprudencia⁵⁶⁹, y afirmada especialmente de estos contratos con un especial componente fiduciario o *intuitu personae*⁵⁷⁰. Igualmente es

según se infiere de sus arts. 400, 1052, 1705, 1732 y 1750, y también, respecto del contrato de comisión mercantil, el art. 279 C.co.

⁵⁶⁹ Sin ánimo de ser exhaustivo, *vid.* SSTs de 21 de abril de 1979 -RJ 1979/1980-, de 11 de febrero de 1984 -RJ 1984/646-, de 19 de diciembre de 1985 -RJ 1985/6600-, de 22 de marzo de 1988 RJ 1988/2224 y STS 16 de septiembre de 1988, RJ 1988/6691, de 18 marzo -RJ 1966/1288- y de 28 mayo de 1966 -RJ 1966/2842-, la STS núm. 428/1999, de 17 mayo -RJ 1999/4046-. Conclusión recogida también en sede de Audiencia Provincial; así, *vid.* SAP Barcelona (Sección 15), de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-, la SAP Vizcaya núm. 862/2000, de 1 de diciembre -AC 2002/719-, la SAP Jaén núm. 218/1996, de 7 junio -AC 1996/1062-, la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080-, la SAP Ávila núm. 260/1995, de 13 diciembre -AC 1996/430-, la SAP Ávila núm. 260/1995, de 13 diciembre -AC 1996/430-, SAP León núm. 355/2001 de 16 de noviembre -AC 2001/2570-.

⁵⁷⁰ Alonso Espinosa, F.J. "Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil", *Cuadernos de Derecho Judicial, Contratos de Gestión*, vol. IX 1995, pp. 151 y s.; o también, Valenzuela Garach, F.J., "El Contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral", en *R.D.M.*, núm. 225, 1997, pp. 1.297-1.324, espec. en las pp. 1.310 y ss. En el mismo sentido, Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato, op.cit.*, pp. 136 y ss., espec. en las pp. 143-146 con referencia al *intuitu personae* que configura las relaciones de los contratos de distribución; e igualmente en "La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", *Anuario de Derecho Civil*, tomo 38, 1985, pp. 71 y ss.; en igual sentido, Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1990. En palabras de la STS de 16-2-1990 -RJ 1990/2754-, parafraseada por la SAP Córdoba, de 2 abril 1992 -AC 1992/618-, "En supuestos análogos de contratos de agencia, mediación, comisión mercantil..., supuestos todos en que la relación interpersonal aconseja no mantener situaciones o vínculos no queridos, y exige la permanente voluntad de permanencia, pueden revocarse unilateralmente". En el mismo sentido se han pronunciado repetidas veces nuestros tribunales. *Vid.* entre otras, las SSTs de 25 de enero de 1996 -RJ 1996/319-, de 12 diciembre 1990 -RJ 1990/9995, de 19 diciembre 1985 -RJ 1985/6600-, 16 de febrero de 1990 -RJ 1990/2754-, de 30 de septiembre de 1978 -RJ 1978/2862-, de 21 de abril de 1979 -RJ 1980/931-; y también la SAP Alicante núm. 291/2001, de 25 mayo -AC 2001/1178 (...la confianza que debe presidir este tipo de relaciones comerciales quedó totalmente quebrada, existiendo por consiguiente justa causa para la resolución unilateral, sin que proceda indemnización alguna por daños y

estimada como causa válida de resolución contractual en otros países de nuestro entorno⁵⁷¹.

Como tal noción concebida en nuestro sistema jurídico, el desestimiento unilateral supone la facultad reconocida jurídicamente que tiene cualquiera de las partes en un vínculo

perjuicios derivados del pretendido incumplimiento.), la SAP Granada núm. 313/1999, de 4 mayo -AC 1999/966-, la SAP Alicante núm. 291/2001, de 25 mayo -AC 2001/1178-, la SAP Pontevedra núm. 182/1996, de 20 mayo -AC 1996/970-, , la SAP Jaén núm. 218/1996, de 7 junio -AC 1996/1062- y la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080-, la SAP Barcelona (Sección 15), de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-, la SAP Pontevedra núm. 299/2000 de 18 de septiembre -AC 2000/5126-, o como expresa el Fto. Dcho. 3º de la SAP Barcelona de 22 marzo 2002, *RJC*, núm. 3, 2002, p. 125 y ss, " *...que el contrato de autos es de colaboración y de confianza personal y mutua está fuera de toda duda, ... y tales características son las que motivaron que en contratos como los de distribución, concesión o agencia se determinara unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia que no podían imponerse o mantenerse en contra de la voluntad de una de las partes cuando se había perdido la confianza y, por tanto, la esencia de la colaboración... Y no tanto porque sea o no de distribución, sino porque, independientemente de la calificación que se le quiera dar, participa de las características que justifican un tratamiento común al tema de su terminación*". Por último, la SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*, indica que " *en orden a su duración debe estarse a lo especialmente establecido entre las partes, si bien tratándose de un contrato basado en la confianza y concebido intuitu personae, se reconoce a cualquiera de los contratantes la posibilidad de resolverlo...*". Ha sido señalado como elemento sin el cual no es admisible el desestimiento unilateral en los contratos de distribución la existencia del pacto de exclusiva, en Lázaro Sánchez, E.J. "El desestimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto", *La Ley*, tomo 4, 1989, p. 1208, requisito que nosotros no encontramos como *sine que non* en la jurisprudencia cotejada. Por el contrario, totalmente en contra de esa forma de terminación del contrato, Lázaro Sánchez, E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho, op.cit.*, p. 112, autor para el que la falta de afinidad de causa entre el contrato de franquicia y los contratos duraderos de colaboración, y la proximidad de aquél a la cesión de bienes inmateriales, imposibilitan su extinción por aquellas causas que les son específicas y que toman como base, precisamente, el carácter personal de la relación, entre las que se encuentra el desestimiento unilateral; si bien, más tarde parece admitirlo si ha sido celebrado por tiempo indefinido, *ibidem, op.cit.*, p. 114.

⁵⁷¹ *Vid. infra.*

negocial indefinido, o de carácter fiduciario, para en cualquier momento de su vigencia, con una arbitraria y simple declaración de voluntad recepticia, sin alegación de causa alguna ni justificación de motivo propio, dar por extinguido el contrato con eficacia *ex nunc* y sin perjuicio del resarcimiento que cupiere en su caso.

B. ADMISIBILIDAD Y CONDICIONES DE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN ALGUNOS DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.

La regulación de la denuncia unilateral de aplicación al contrato de franquicia en el Derecho alemán, viene regulado por las disposiciones del art. 89^a. HGB, cuyo alcance y criterios de admisibilidad es distinto de tal concepto extintivo en el Derecho español. Si bien, en principio, la resolución unilateral se admite como forma ordinaria de terminación de los contratos de duración indefinida, con relación a lo dispuesto en dicha disposición, se exige la concurrencia causa que lo justifique, pues de lo contrario podría reclamar la parte lesionada la reparación indemnizatoria que correspondería por la amortización no cubierta de las inversiones efectuadas siguiendo las instrucciones del principal, la cual se deriva de los principios de buena fe y confianza normativizados en el art. 242 BGB⁵⁷².

La resolución unilateral "extraordinaria" puede ser adoptada en todo tiempo y no va precedida de preaviso, si bien, según el art. 89^a.(1) HGB indicado, es aceptable sólo para el caso de motivo relevante⁵⁷³; el cual, según P. Herrfeld, viene en sus circunstancias

⁵⁷² Vid. Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op.cit.*, p. 158 y ss.

⁵⁷³ Que en su tenor literal dice que "(1) *Das Vertragsverhältnis kann von jedem Teil aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Dieses Recht kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden*". No sólo es una figura que extingue ante tempus por causa justificada las relaciones contractuales con término final, sino que también se admite en los contratos por tiempo indefinido, sólo que ante tal eventualidad no se exige el respeto de preaviso. Los perfiles netamente señalados respecto de la resolución unilateral

y modos admisibles determinados por los arts. 675 BGB, con relación al art. 626 y siguientes del BGB, en virtud de los cuales se entiende que concurre tal causa resolutoria cuando de las circunstancias de las relaciones obligatorias el continuar el contrato hasta el término previsto sería una exigencia insoportable⁵⁷⁴. Admisibilidad del desestimiento unilateral reconocido igualmente

ordinaria y extraordinaria se han difuminado progresivamente en el Derecho alemán, al exigirse justa causa para la resolución en determinados contratos de duración indeterminada y al admitirse tal forma de terminación en determinados contratos de duración determinada como forma ordinaria de terminación; sobre el particular, *vid.*, Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 26 y ss.

⁵⁷⁴ Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, *op.cit.*, p. 282-288. Sin embargo, M Martinek negará la aplicabilidad de tales disposiciones del Código civil alemán relativas al contrato de arrendamiento de servicios al contrato de franquicia, *vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, *op.cit.*, pp. 124-127. Por su parte, Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, pp. 149 y ss., reconoce dicho concepto del motivo relevante en los mismos exactos términos citados de P. Herrfeld, pero sin apoyarse en las disposiciones del Código civil alemán en las que éste lo funda. Como explicita Stein-Wigger, la ruptura de las relaciones de confianza entre las partes sólo puede resultar de una contravención de las obligaciones contractuales, por lo tanto, con fundamento objetivo y no sólo basada en circunstancias que puedan justificarse por la contraparte "infractora" sin que, por otra parte, dicho derecho de resolución unilateral puede derivarse de la responsabilidad o culpa de la parte que sufre el perjuicio. Su ejercicio comporta una valoración de los factores que convierten la continuidad de la relación negocial en impracticable. Consecuentemente, cuanto más larga es la vida del contrato, más severas han de ser las razones que empujen a tal decisión, como consecuencia de la obligación de conducirse de buena fe en el contrato en virtud del art. 242 BGB. Por otra parte, de forma análoga a la posibilidad indicada con relación al art. 1124 C.c. y salvando las distancias en cuanto a la finalidad de la norma indicada respecto de los preceptos alemanes aquí analizados, las partes pueden pactar los motivos que deben considerarse relevantes y que justificarían, de producirse, la resolución unilateral indicada; *vid.* Stein-Wigger, M., *op.cit.*, pp. 157 y ss.

por la jurisprudencia⁵⁷⁵. Semejantes condiciones resultan en el Derecho austríaco⁵⁷⁶.

El precepto del Código de comercio alemán continúa diciendo que si la resolución se deriva de una obligación cuya ejecución corresponde a la otra parte, ésta quedará obligada a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios debidos por la extinción del negocio jurídico⁵⁷⁷. Análogamente a lo aquí dispuesto, si el franquiciador resolvió injustificadamente, quedará obligado frente al franquiciado por las inversiones no amortizadas, realizadas en virtud de las instrucciones correspondientes al negocio emprendido y emitidas por aquél⁵⁷⁸.

En Francia, la franquicia de duración indeterminada, como cualquier otro contrato de estas características, puede ser resuelto en todo momento por alguna de las dos partes, si bien se exige un preaviso suficiente; la idoneidad del cual dependerá de la duración del contrato, de las inversiones efectuadas por el franquiciado si es

⁵⁷⁵ Así, *v.gr.* la Sentencia BGH del 17. 12. 1998 - I ZR 106/ 96 (Lexetius.com/2001/8/450).

⁵⁷⁶ Semejanza de la posición adoptada en Austria, en cuanto a la posibilidad de resolución unilateral del contrato de franquicia concertado sin duración determinada, así como respecto de la concurrencia del motivo relevante que excluye el preaviso pactado cuya concesión se ha convertido en inadmisibles en virtud de tal causa grave. *Vid.* la Sent. OGH Ob 321/87 ("*Auch ein Franchisevertrag kann als Dauerschuldverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit gelöst werden. Der Grund muß aber so wichtig sein, daß es dem Franchisegeber bei Abwägung der beiderseitigen Interessenlage unzumutbar ist, die vereinbarte Kündigungsfrist einzuhalten.*", *Vid.* en www.ris.bka.gv.at/jus/), citada y comentada en Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising*, *op.cit.*, p. 110 y s.

⁵⁷⁷ En virtud del apartado (2) del art. 89a. HGB, según el cual "*Wird die Kündigung durch ein Verhalten veranlaßt, das der andere Teil zu vertreten hat, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet*".

⁵⁷⁸ Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, pp. 161 y ss.

el franquiciador el que lo rompe y, en definitiva, de las circunstancias que caracterizan cada relación contractual. El principio base sobre el particular es el respecto al derecho del cocontratante que, necesariamente, deberá organizarse para atenuar al máximo los inconvenientes de la ruptura, de forma que la ausencia de preaviso o su insuficiencia acreditada, justifica la correspondiente reclamación por los daños y perjuicios estimados⁵⁷⁹. En Derecho francés, como en la generalidad del Derecho comparado que exige preaviso, se admite su no otorgamiento que precede a la ruptura si existe causa imponderable que lo justifique⁵⁸⁰.

La admisibilidad de la resolución unilateral, especialmente respecto de aquellos contratos que comportan un alto grado de confianza, también la encontramos en el Derecho suizo, por

⁵⁷⁹ Vid. Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage, op.cit.*, 1990, p. 96. Recordando lo indicado en el apartado relativo a preaviso y ruptura del contrato, en el Derecho francés se considera abusiva la terminación en el caso de que el contrato de duración determinada sea unilateralmente roto antes de su término, o siendo éste de duración indeterminada, su resolución no haya ido precedida de preaviso adecuado en ausencia de un incumplimiento que la fundamente o en el caso de fuerza mayor, según el art. L. 442-6, I, 5° del Código de comercio (*Ley n° 2001-420 del 15 de mayo de 2001 Artículo 56 Diario Oficial del 16 de mayo de 2001*), aplicable a toda forma de ruptura brutal de todo tipo de relaciones comerciales. La sanción que corresponde, si es el franquiciado el perjudicado, en la indemnización por daños y perjuicios que incluye el lucro cesante por pérdida de clientela, calculado en función de la cifra de ventas, *vid. Bessis, op.cit.*, p. 96 y Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, pp. 110 y s. Desde un plano teórico existe una posición doctrinal minoritaria, apoyada en cierta jurisprudencia, que aboga porque la Cour de cassation consagre vía judicial el poder del juez de inmiscuirse en el juego de las cláusulas resolutorias, de forma que pueda conceder un aplazamiento a la extinción del contrato en función del desequilibrio patrimonial producido y de la reestructuración del concedente/franquiciado. *Vid. Chazal, J-P.*, "La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 212-214, y Sentencia de la CA París, 5e ch. B., de 4 marzo 1999, *La Semaine Juridique (JCP)*, nú. 5, 2 febr. 1999, p. 208-210.

⁵⁸⁰ (Le) Tourneau, Ph. *Les contrats de franchisage, op.cit.*, p. 278.

extensión jurisprudencial del art. 337 del *Code des obligations*, en principio aplicable al contrato de trabajo. Si bien, en este caso sí que se exige que de alguna forma quede demostrada la justa causa fundada en la pérdida de confianza, de forma que tal resolución anticipada debe someterse a dos condiciones: 1. La pérdida de confianza debe comportar cierta gravedad objetiva y; 2. La confianza mutua ha de quedar efectivamente destruida⁵⁸¹.

En el Derecho italiano, a su vez, se contempla igualmente la posibilidad de resolución unilateral mediando preaviso de determinadas relaciones contractuales de duración indeterminada como consecuencia natural del principio de orden público de la no-perpetuidad de los vínculos obligatorios⁵⁸². Tal principio toma cuerpo concreto, expresión legal, *v.gr.*, en el caso del contrato de suministro⁵⁸³, del arrendamiento de cosa productiva "*affitto*"⁵⁸⁴, de la agencia⁵⁸⁵ o del mandato⁵⁸⁶.

Particularmente referido a la franquicia de distribución, la doctrina reconoce la aplicabilidad extendida del art. 1569 C. civ., relativo al contrato de suministro; el cual admite la resolución del contrato de duración indeterminada siempre que preceda el preaviso pactado o el establecido por los usos comerciales o, en su

⁵⁸¹ Sentencia del Tribunal fédéral de 1972 y evolución inicial ampliamente comentada en (De) Haller, Thierry. *Le contrat de franchise en droit suisse, op.cit.*, pp. 120-126. En cuanto al art. 337 mencionado, puede consultarse en <http://www.admin.ch/ch/f/rs/220/a337.html>.

⁵⁸² Coggi, F., "Le condizioni di fine rapporto", en *I contratti di franchising. Organizzazione e controllo di rete*, Pilotti, L y Pozzana, R. (coord.), Milán: E.G.E.A., 1990, pp. 132.

⁵⁸³ Art. 1569 C. civ.

⁵⁸⁴ Art. 1616 C. civ.

⁵⁸⁵ Art. 1750 C. civ.

⁵⁸⁶ Art. 1725 C. civ.

defecto, en un término congruente con la naturaleza del suministro.

Ateniéndose a la literalidad de la prescripción, bien podría el franquiciador, valiéndose de la naturaleza adhesiva del contrato, fijar en el contrato un preaviso especialmente corto y, además, una duración breve del contrato, o bien ejercer la potestad de resolución *ad nutum* en un plazo de tiempo que no haya permitido al franquiciado la amortización de las inversiones debidas⁵⁸⁷. Sin embargo, como ya hemos indicado *supra*, la legitimidad de la actuación del franquiciador en el sentido descrito, viene tamizada por la observación del principio de buena fe⁵⁸⁸.

En el caso de que no se haya observado la obligación de preaviso, el franquiciado quedará facultado para pedir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, lo que no supone que el franquiciador pueda optar entre preavisar o indemnizar; bien entendido que tal indemnización supone un verdadero resarcimiento por el daño causado que va más allá de una mera compensación económica⁵⁸⁹.

Por su parte y, habida cuenta de la inexistencia de una norma sobre los contratos en general que discipline el preaviso en la resolución *ad nutum* en los contratos de duración, la doctrina ha

⁵⁸⁷ En el poco probable caso de que el preaviso excesivamente breve

⁵⁸⁸ Principio inspirador de las relaciones obligacionales y consignado en el art. 1375 C.civ., cuya concreta virtualidad respecto del preaviso que precede a la resolución *ad nutum* ha sido afirmado por la doctrina, *vid.*, *v.gr.*, Frignani, A. *Il franchising*, *op.cit.*, p. 184.

⁵⁸⁹ Opinión manifestada por Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, *op.cit.*, p. 99 y s. De esta forma, tal prescripción entraría en el ámbito de las normas de orden público, donde no cabe margen a la autonomía de la voluntad de las partes. Tal preaviso configuraría un derecho semejante a los reconocidos en nuestro sistema de Derecho en el art. 6.2 del C.c., según el cual los derechos reconocidos en la ley que afecten al orden público son irrenunciables.

entendido aplicable igualmente a la franquicia de servicios las disposiciones antedichas relativas al suministro⁵⁹⁰.

Respecto la franquicia industrial o de producción, la ley aplicable analógicamente es la relativa al suministro en la actividad productiva⁵⁹¹. Según señala su art. 6.2, es nulo el pacto que atribuya a una de las partes en un contrato de subproducción de ejecución continuada o periódica la facultad de resolver sin preaviso razonable. En este caso, la razonabilidad o congruencia del preaviso se determina con mayor imperatividad que en el art. 1569 C.civ. relativo al suministro, y por ende, a la franquicia de distribución⁵⁹². Por otra parte, la sanción prevista es la nulidad, y

⁵⁹⁰ Justificable desde la posición que entiende a la franquicia de distribución y de servicios dentro de la más amplia categoría de la distribución comercial en virtud de la cual, como en el caso del suministro, se distribuyen los bienes o *servicios* del principal sin que éste deba soportar la correspondiente carga económica. *Vid.*, Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, *op.cit.*, p. 111 y s.

⁵⁹¹ Actividad en virtud de la cual un empresario ejecuta por cuenta de una empresa comitente, manipulaciones sobre los productos semielaborados o sobre las materias primas suministradas por el mismo comitente, o participa de cualquier modo en la elaboración de un producto complejo por el comitente, según el proyecto ejecutivo, conocimiento técnico y tecnológico, modelos o prototipos facilitados por ésta. Definición recogida en el art. 1 de la Ley de 18 de junio de 1998 "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive" (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 143, de 22 de junio 1998). En la realidad de la Comunidad Valenciana, cabe pensar en el grupo de empresas cuya actividad se incardina en el marco global de la producción de Ford, en Almussafes.

⁵⁹² De forma que en el caso del contrato de suministro y/o franquicia de distribución, si se ha pactado un preaviso no razonable, la única tutela posible al franquiciado es acogerse a la normativa relativa a las condiciones generales del contrato, si tal pacto no ha sido consignado por escrito y aceptado, en opinión de Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, *op.cit.*, p. 100, n.p. 11 (este mismo autor desarrolla la aplicación práctica del precepto en las páginas siguientes a la indicada, estudio sistemático que excede nuestros propósitos). Sin embargo, debe igualmente traerse a colación las disposiciones de del art. 9.1 de la ley de 18 de junio de 1998 sobre el suministro en la actividad productiva que, como indicamos *supra*, establece la nulidad del pacto en virtud del cual se

no sólo el resarcimiento del daño, aplicable con independencia de la parte que incurra en el ilícito, si bien el supuesto permite deducir que sólo se va a producir respecto del franquiciador.

Por lo tanto, para resolver válidamente el contrato, es suficiente según dicho precepto que se haya comunicado con el preaviso considerado razonable, sin que sea necesario motivación que lo justifique; esencia, por otra parte, de la resolución llamada *ad nutum* en su sentido propio.

Una cuestión recurrentemente planteada en el Derecho comparado respecto de los contratos de confianza y, particularmente, respecto de la franquicia, es si el franquiciador está facultado para resolver, con o sin preaviso, en el caso de pérdida de la confianza en el otro contratante derivado de múltiples incumplimientos aunque no esenciales, o por haber sido condenado por fraude, por ejemplo, o por un grave incumplimiento en sus relaciones laborales o comerciales no directamente relativo a una obligación contemplada en el contrato de franquicia.

C. ADMISIBILIDAD Y CONDICIONES DE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN ALGUNOS DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO (CONT.). ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO BELGA.

El país valón aporta un tratamiento peculiar de la terminación del contrato al contemplar este momento mediante una normativa específica⁵⁹³. Si bien, en sentido propio, el objeto directo de la

realiza abuso por interrupción arbitraria de la relación comercial. Evidentemente, tales previsiones contemplan la existencia de pacto sobre el preaviso, pues en otro caso, donde éste no existe, sólo cabe la reclamación por daños y perjuicios pero no la nulidad de lo que ni siquiera se contempla y mucho menos del negocio jurídico en su conjunto.

⁵⁹³ *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961. El texto puede cotejarse en red en versión semioficial coordinada - el 1 de enero de 1989 - en lengua alemana, tal como fue modificado por Ley de abril 13 de 1971. *Vid.* publicación en MONITEUR

regulación es el contrato de concesión y, de entre sus formas de resolución, la del de duración indeterminada por voluntad unilateral de la parte; ley que, además, introduce disposiciones específicas relativas a cuestiones incidentales en la terminación del contrato, como el preaviso o la renovación del de duración temporal, así como a la indemnización que en su caso procede.

La Ley define la concesión como aquel convenio en virtud del cual un concedente reserva, a uno o más concesionarios, el derecho de vender en su propio nombre y bajo su propio riesgo los productos que él fabrica o distribuye⁵⁹⁴. Si bien la definición acogida es suficientemente amplia como para acoger al contrato de franquicia, al menos al de producción y al de distribución, la doctrina y la jurisprudencia belga ha mantenido notables discrepancias acerca de su aplicabilidad al contrato que nos ocupa⁵⁹⁵.

BELGE — 09.12.1999 — BELGISCH STAATSBLAD, pp. 45896 y s.; su transcripción telemática se encuentra en www.juridat.be/cgi_tit/titf.pl

⁵⁹⁴ Art. 1 aptdo. 2. de la Ley belga citada.

⁵⁹⁵ Sucintamente, las posturas encontradas postulan desde su no-aplicación, hasta su inclusión indudable, existiendo, así mismo, quien lo admite para los dos tipos de franquicia indicados. La posición negativa estima, con diferentes matices, que la franquicia es un contrato específico de colaboración comercial en el que queda absorbida una eventual concesión exclusiva de venta, en cuanto configura una de las prestaciones que aquél contempla pero no supone la raíz o eje del mismo, lo cual justifica un tratamiento particular del contrato de franquicia que, bajo la normativa en cuestión, queda imperfectamente asegurada. Como consecuencia, las modalidades de resolución del contrato de franquicia deben ser reguladas por el mismo contrato y por el Derecho común; *vid. Cour D'Appel de Liege, 4 de junio de 1991, núm. JH04672_1, (Le contrat de franchise présente une spécificité par rapport à d'autres formules de distribution commerciale. Pour déterminer les règles qui lui sont applicables, le juge doit s'inspirer de l'économie du contrat, des usages, des nécessités des affaires, de l'intention des parties, explicite ou implicite, parfois de règles appliquées à des contrats voisins et invoquées par analogie, sans que l'analogie ne puisse détruire la spécificité du contrat)*. Por el contrario, otras sentencias abogan por su aplicación sin ambages al contrato de franquicia, como es el caso

Respecto del contenido concreto de la Ley en cuanto concierne al modo de finalizar el contrato, su objeto se dirige sobre la resolución unilateral de los contratos de duración indeterminada que les son sometidos, según recoge el art. 2; por su parte, en el art. 3 establece la derogación del Derecho común en materia de no-renovación de un contrato de duración determinada y limita al tiempo la facultad de concluir sucesivamente varios contratos temporales.

Con relación al primero de los elementos apuntados, objeto de nuestro interés en este apartado, la forma admitida de resolver *ad nutum* es habiendo otorgado previamente un preaviso razonable, o indemnización sustitoria acordada por las partes al

de la Cour D'Appel de Gand, 12 octubre 1994, núm. JH06462_1 (*La seule circonstance qu'un contrat de franchise diffère essentiellement d'une concession en ce que le franchisé acquiert un droit à l'utilisation d'un nom commercial, à de la publicité commune et à une formation, n'a pas pour effet de soustraire le contrat à l'application de la loi du 27 juillet 1961*), o la Comm. Liege, 15 septiembre 1995, para la que la razón de su aplicabilidad parte del carácter imperativo de la ley del de julio 27 de 1961, según la que, al utilizar el término de «cualquier convención», indica la voluntad de ésta de incluir a todos aquellos contratos que entren en su ámbito de aplicación y bajo tal denominación. A más ende, es indifente que la franquicia se «sobreponga» a la concesión de la venta exclusiva, o que las obligaciones de aquella sean más importantes o omnicomprensivas que los de ésta; lo relevante es que en el caso concreto se dan las circunstancias que justifican según dicha ley la protección del franquiciado. (*cit.* www.billiet-co.be/archief/distributierecht/commliege150995.htm). La posición intermedia que, por otra parte, es sin duda la más ajustada al tenor de la Ley aboga porque el contrato de franquicia entre bajo su aplicación, protegiendo de la manera prevista al franquiciado, excluyendo aquellas franquicias de servicio o industriales que no tengan por objeto el suministro de productos a un revendedor. Una visión general de las distintas posiciones doctrinales puede verse en Crahay, P. "Le contrat de franchise", *La distribution commerciale dans tous ses états*, A. Claude Delcorde (coord.), Bruselas: Éditions du Jeune Barreau, pp. 160-167, y en el Cap. 1 del libro *cit.* "Les contrats soumis à la Loi", pp. 5-27; a su vez, a la jurisprudencia belga citada se puede acceder, con alguna excepción, en www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl

concluir el contrato⁵⁹⁶, excepto si ha existido infracción grave del mismo. Sobre el particular, las partes pueden convenir en el clausulado qué circunstancias pueden considerarse como graves, dando lugar a la resolución automática del contrato en virtud de cláusula resolutoria expresa, ni prohibida ni limitada por la Ley. En este caso, dado lo traumático de una ruptura sorpresiva para las partes y para los consumidores, judicialmente ha sido determinada en una ocasión la continuación de la relación cuando de otra forma resultaría un daño irreparable, o la resolución careció de justificación (abuso de derecho). Sin embargo, resulta más consolidada la posición según la cual el juez debe aceptar la decisión de terminar el contrato, regulando en su caso las consecuencias que de ello se deriven⁵⁹⁷.

Qué debe entenderse por preaviso razonable no puede calcularse en abstracto, sino que dependerá en el caso concreto de criterios razonables, como la duración del acuerdo, el efecto de la terminación del negocio jurídico en la actividad global del distribuidor (franquiciado), desarrollo de la facturación durante la vigencia del mismo, complejidad de las obligaciones asumidas por el distribuidor para poder asumir el desarrollo del acuerdo, extensión del territorio de su exclusiva competencia comercial y número de clientes estimados del distribuidor, posibilidad de reconvertir los productos implicados en un futuro negocio y de recuperar o reinvertir las inversiones efectuadas (en este último

⁵⁹⁶ El mismo precepto indica que si las partes no alcanzan un acuerdo, el juez decidirá en equidad, teniendo en cuenta los usos comerciales.

⁵⁹⁷ Bogaert, G.; De Keersmaeker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", *op.cit.*, pp. 132 y ss. Esta solución judicial "extraña" se asemeja a la llevada en la práctica en el caso de la Pretura di Roma, Ordenanza 11 de junio de 1984, *supra cit.*, fuertemente criticada por la doctrina italiana al romper un principio jurídico hasta el momento consolidado de ruptura *ad nutum*, cuya calificación como abusiva sólo podía resultar en indemnización de daños y perjuicios, pero no en la prolongación "artificial" del contrato.

caso, si no caber reutilización, el juez puede determinar una compensación económica por esa pérdida)⁵⁹⁸.

Si no se pacto preaviso o si éste fue insuficiente, el distribuidor –franquiciado–, puede pedir indemnización por los daños y perjuicios derivados de la ausencia de noticia de la ruptura. Su cuantía, no definida en la Ley, debe corresponderse con el beneficio que la parte lesionada hubiese obtenido durante el tiempo de preaviso no concedido⁵⁹⁹.

D. CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DESESTIMIENTO UNILATERALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA BUENA FE Y EL PREAVISO.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de perfilar el ejercicio del desestimiento unilateral en aquellos contratos respecto de los que la ha aceptado, y así siempre ha exigido que tal facultad se realice con las debidas garantías: básicamente, se exige el cumplimiento por quien adopte tal decisión de un deber de preaviso, impuesto por la buena fe como estándar de comportamiento admisible socialmente⁶⁰⁰. De esta forma, el desestimiento operado sin el debido respeto de un plazo de preaviso razonable se asimila al incumplimiento sobre la base de la transgresión de la buena fe (ex arts. 7.1. y 1258 C.c. y 57 C.com.)⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Bogaert, G.; De Keersmaecker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", *op.cit.*, pp. 134 y s.

⁵⁹⁹ *idem*, *op.cit.*, pp. 136.

⁶⁰⁰ Martínez Sanz, F. "Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de octubre de 1992", *La Ley*, tomo 3, 1993, pp. 286 y ss.; Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, *op.cit.*, p. 212; también, Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 157 y ss. y pp. 181 y ss.

⁶⁰¹ Así, el preaviso es la prueba de la buena fe de quien resuelve el contrato unilateralmente, de forma que cumpliendo el preaviso se está cumpliendo con las

La consecuencia negativa que se deriva de su no-respeto es la posibilidad que se genera de indemnizar los daños causados a la parte que resuelve de mala fe irrogando un perjuicio a la contraparte, y aún cuando no se exige para la validez de la extinción del contrato justa causa que la funde⁶⁰²; o se realizase

exigencias de los arts. 57 C.com. y del art. 7 C.c., *vid.* Marín Hita, L. "Las pretensiones indemnizatorias en el contrato de concesión mercantil", *Derecho de los Negocios*, julio-agosto 1998, p. 13. Por esta razón, el que resuelve no puede optar entre preavisar o indemnizar, sino que la indemnización tiene un efecto resarcitorio de los daños y perjuicios causados por el no cumplimiento de esta previsión; *vid.* Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 232 y ss. La jurisprudencia ha abundado igualmente en la naturaleza indicada del previso y de la indemnización subsidiaria; así las SSTs de 11 de febrero de 1984 (RJ 1984/646) y de 3 julio de 1986 (RJ 1986/4408). El ejercicio de esta facultad de denuncia que se realiza mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio, debe ser hecha, entonces, de buena fe (cfr. arts. 1705 y 1706 C.c.), la que puede imponer la existencia de un plazo de preaviso o la necesidad de prolongar la relación durante un tiempo razonable a fin de que la otra adopte las medidas oportunas para prevenir la situación que a ella le produzca la extinción del vínculo obligatorio, si bien no hacemos referencia a una exigencia impuesta vía judicial. *Vid., v.gr.*, la SAP Ávila núm. 260/1995, de 13 diciembre -AC 1996/430- o la SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 127 y ss. y sents. en ella a su vez citadas (...*procede la resolución a cargo de cualquiera de las partes, pero no puede operar en forma abusiva ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, pues los derechos del concesionario, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje, y acumulación de mercancías, no pueden ser marginados y menos avasallados. Ha de proceder un preaviso necesario y la correspondiente liquidación de las relaciones comerciales que se mantuvieron, para efectuar los abonos y compensaciones económicas que sean procedentes...*). Como ya hemos visto, iguales fundamentos cabe apreciar en el Derecho comparado de referencia; así, *v.gr.*, en el Derecho italiano, específicamente consignado respecto de algunos concretos contratos, como es el caso del de suministro, *vid.* art. 1569 C. civile, y más genéricamente derivado del principio de buena fe *in executivis* recogido en el art. 1375 del mismo cuerpo legal. Éste principio queda infringido cuando no se ha respetado previamente a la resolución un plazo de preaviso congruente que, por ejemplo, no permita a la contraparte recuperar la inversión efectuada en función del acuerdo negocial; *vid.* ampliamente en Coggi, F., "Le condizioni di fine rapporto", pp. 132 y ss. El Derecho alemán recoge tal principio en el art. 242 BGB.

⁶⁰² No debe obviarse que la obligación de la parte denunciante de preavisar su intención no es más que una manifestación de su deber de actuar según los

con manifiesto abuso de derecho, consecuencia ésta que con anterioridad a la LCA, respeto del contrato de agencia y de aquellos otros donde analógicamente se ha extendido puntualmente su aplicación, encontraba cómodo apoyo en las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones, arts. 1101 y concordantes C.c.⁶⁰³

Si bien tal obligación de preaviso y la consecuencia indemnizatoria que su incumplimiento genera ha sido predicada con carácter general respecto de contratos de duración indefinida, también ha sido defendida con relación a los contratos de

dictados de la buena fe (ex art. 57 C.co.) y dentro de los límites de la equidad, pese a que no se exija la concurrencia de justas causas para la validez de la denuncia; *vid.* Valenzuela Garach, F.J., "El Contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral", *op.cit.*, p. 1.311. Así lo ha afirmado la jurisprudencia en multitud de ocasiones, *vid.* SSTs de 11 febrero de 1984, *cit.*, y 16 de febrero de 1990 (RJ 1990/2754). La SAP Madrid núm. 474/2004, de 26 de mayo -AC 2004/1989-, lo expresa de forma diametralmente clara: "*En resumen, la justa causa no está ligada a la resolución del contrato, que se produce por la voluntad unilateral del contratante que usa de ella, sino a la procedencia o improcedencia de la indemnización por haberla ejercitado de mala fe*". *Vid.* también la STS de 26 mayo 1986 -RJ 1986/2823-, respecto de un contrato de agencia de seguros, y la STS núm. 428/1999, de 17 mayo -RJ 1999/4046-. Algún autor afirma, en consecuencia, la aplicabilidad del art. 29 LCA, relativa a la indemnización por inversiones, al contrato de franquicia, habida cuenta el grado de integración del franquiciado en la red del franquiciador, *vid.* Marín Hita, L. "Las pretensiones indemnizatorias en el contrato de concesión mercantil", *op.cit.*, p. 21. Contrariamente a lo aquí señalado, la STS núm. 70/2004, de 5 de febrero, -RJ 2004/639-, *cit.* no admite el fundamento indemnizatorio incluso ante la ausencia de preaviso, y así afirma que "*De la definición concluyente se deriva la circunstancia que cuando no se ha estipulado un plazo concreto de duración del contrato de distribución en exclusiva está autorizada la resolución por voluntad unilateral en cualquier momento, sin que ésta nunca pueda tener la calificación de abusiva, como ha declarado la jurisprudencia; y son inaplicables los arts. 1101 y 1107 del Código Civil en tanto que la resolución del contrato es legítima y acorde a derecho sin que se deriven consecuencias económicas...*".

⁶⁰³ Como así lo fundamenta Ragel Sánchez, L.F., "La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", *op.cit.*, p. 79.

distribución de duración determinada con cláusula de prórroga o de renovación⁶⁰⁴.

El concepto de "causa justa" no limita la capacidad de resolución *ad nutum*, en lo que de otro modo constituiría una verdadera *contradictio in terminis*⁶⁰⁵, sino que en su caso, su ausencia faculta al perjudicado por tal decisión a pedir daños y perjuicios⁶⁰⁶. Estos, a su vez, no pueden quedar referidos a los inferidos por la propia resolución en sí, sino a los derivados de una decisión abrupta o de mala fe que causa mayores males que los que produce *per se* la resolución contractual⁶⁰⁷, o bien si se produce un incumplimiento de concretas condiciones contractuales

⁶⁰⁴ Particularmente, respecto del contrato de franquicia, entre otros, Alfaro Águila-Real, J. "Franchising" (Voz), *op.cit.*, pp. 3156 y ss; Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 325.

⁶⁰⁵ Debe traerse aquí a colación la "sorpresa" causada en la doctrina italiana por el cambio de rumbo de su alto tribunal al decidir prolongar artificialmente la duración de un contrato resuelto *ad nutum* para evitar mayores perjuicios al franquiciado, frente al principio establecido de indemnizar el daño. *Vid.* Pretura di Roma, Ordenanza 11 de junio de 1984, *op.cit.*, y crítica de Frignani, Baldi, Mezran y otros, *supra cit.* En un caso semejante planteado en sede española, cuyo objeto era un contrato de comisión mercantil, el tribunal, a diferencia del de Roma, no estimó la prórroga demandada ante la anticipada resolución, sino que indemniza en función del tiempo que estima necesario para amortizar los gastos correspondientes en función de las expectativas creadas, solución que nos parece más ajustada a la real voluntad de las partes tomadas en su conjunto, *vid.* SAP Valencia, núm. 530/1997 de 30 mayo -AC 1997/1145-.

⁶⁰⁶ En expresión del Fto. Dcho. 4º de la SAP Barcelona de 22 marzo 2002, *op.cit.*, p. 128, "la falta de confianza en un contrato de colaboración ... justifica su terminación a instancia de la parte que la ha perdido, pero no justifica que ello deba hacerse sin indemnizar a la contraria. Es causa de su terminación, pero no justa causa con el efecto de amparar sin consecuencia la decisión de quien la adopta."

⁶⁰⁷ Fto. Dcho. 5º SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *op.cit.*, p. 130. Los males mayores a los que se refiere la Sentencia citada son los derivados de una intempestiva liquidación del negocio, como indicábamos antes, y afectan a los derechos del concesionario -franquiciado-derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, almacenaje, acumulación de mercancías, etc.

respecto de su duración⁶⁰⁸, trayendo como consecuencia perjuicios injustificados⁶⁰⁹. Como consecuencia, *la indemnización debe contraerse a las consecuencias económicas ligadas a la omisión del preaviso pero sin que sea lícito extenderla a los daños y perjuicios producidos por la resolución misma*⁶¹⁰.

La innecesariedad de probar la causa justa que motive el desestimiento queda referido a su doble vertiente, como la razón jurídica legitimadora de la extinción del vínculo, y en sentido estricto causal, referido al incumplimiento previo del recíprocamente obligado⁶¹¹.

Tal facultad rescisoria no faculta al concedente a incumplir sus obligaciones durante el tiempo que media entre el preaviso y la efectiva terminación del contrato⁶¹².

⁶⁰⁸ SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*.

⁶⁰⁹ SAP Barcelona, de 17 de junio de 2002, *RJC*, núm. 4, 2002, 104 y ss.

⁶¹⁰ STS, de 3 julio 1986 -RJ 1986/4408- en su Fto. Dcho. 2º.

⁶¹¹ *Vid.* Gutiérrez Peña, F., "La facultad de desestimiento unilateral extintivo en los contratos de concesión mercantil", en *Miscelánea de Derecho Privado*, Madrid: Gráficas Dehon, 2002, p. 296. De forma gráfica afirma el prof. Ragel que la denuncia unilateral sin justa causa no implica que ésta sea caprichosa y sin consideración hacia la otra parte contratante. En realidad, se trata de denuncia unilateral sin justa causa *explícitamente invocada*, puesto que existe una causa justa, la de impedir que se perpetúen las relaciones jurídicas cuando se quiebra la base que las sustentaba al desaparecer la mutua confianza o el interés económico, que debe ser suficiente para amparar la ruptura de un contrato (él lo refiere en este caso a la agencia) de duración indeterminada. Lo que sucede es que, como todo derecho, ha de ejercitarse de buena fe. No sucede lo mismo cuando el contrato tiene una duración definida, puesto que las partes están obligadas contractualmente a respetar el plazo establecido, por lo que una denuncia *ante tempus* no amparada en una causa de extinción significa un claro incumplimiento contractual. *Vid.* Ragel Sánchez, L.F. "Comentario a la Sentencia del TS de 19 de septiembre de 1989", *CCJC*, sept./dic. 1989, p. 860.

⁶¹² Como señala la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080- respecto de un contrato de distribución.

Lo que no parece admisible, en todo caso, es aplicar a esta clase de contratos de colaboración empresarial los preceptos de carácter imperativo de la LCA, considerando que es necesario dar un plazo de preaviso de 1 mes por año de relación contractual o que necesariamente los perjuicios por el preaviso no observado deban ser medidos como la ganancia bruta obtenida con la distribución durante todo el plazo omitido. La LCA es sólo inspiradora por analogía de ciertos criterios de indemnización a la extinción del contrato de distribución, y siempre podrá ponderarse en relación con el tipo de distribución y producto o servicio si el preaviso fue o no suficiente y razonable, en qué términos se hizo y, sobre todo, respecto de las pruebas que se aporten sobre los daños y perjuicios que puedan derivarse⁶¹³.

No obstante, la jurisprudencia ha estimado no-dispositivo para las partes la concesión de tal preaviso con relación al contrato de concesión, precisamente, para erradicar todo posible reproche de abuso en la conducta del concedente al ejercitar su legítimo derecho de desistimiento cuando el contrato es por tiempo indefinido⁶¹⁴. De no haber pacto, para decidir el plazo adecuado de preaviso, habrá que estarse al que razonablemente aconsejen las circunstancias concurrentes para que el contratante que sufre la resolución pueda adoptar todas las medidas necesarias, y posibles, para evitar los perjuicios que le ocasionaría una ruptura brusca (*v.gr.*, la liquidación del stock, el pago de personal contratado, al terminación de los contratos pendientes de cumplimiento y subsidiarios del que se extingue, etc.)⁶¹⁵. Sobre el de franquicia no

⁶¹³ Fto. Dcho. 5º SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *op.cit.*, p. 130.

⁶¹⁴ SAP Asturias núm. 674/2003, de 25 de noviembre, -JUR 2004/66522- y concordantes, *vid.* STS de 31 de octubre de 2002, -RJ 2002/227-.

⁶¹⁵ Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, p. 202. En el mismo sentido, se expresa la STS de 28 de enero de 2002, -RJ 2002/2305-.

existe pronunciamiento judicial semejante, si bien es un precedente estimable.

E. CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DESESTIMIENTO UNILATERAL EN DERECHO ESPAÑOL DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, EN VIRTUD DE LA REFORMA EX LEY 52/1999.

Las condiciones admisibles del desistimiento unilateral son igualmente perfiladas por la normativa que restringe la posición dominante en el mercado sancionando su abuso por la parte que lo ejerce, desde la normativa que protege la competencia en sus márgenes legítimos. Normativa que, en este campo, ha adquirido un contorno propio en virtud de la reforma legislativa operada por la Ley 52/1999⁶¹⁶. Sobre la misma, expondremos en primera instancia su alcance, tras lo cual, nos detendremos en sus consecuencias y relevancia en este punto respecto del contrato de franquicia.

⁶¹⁶ La normativa sobre defensa de la competencia, en sentido amplio que engloba también la represión de la competencia desleal, no es ni lo pretende un Derecho de obligaciones. Sin embargo, un estudio detallado de la normativa referente a la extinción del contrato muestra una serie de referencias que no pueden obviarse propias de esta legislación "temática". Esta afirmación no es sólo aplicable en relación concreta con la franquicia, también cuando se abordan problemas similares en otros contratos de distribución, cuyas soluciones, por coherencia, deben estimarse aplicables también a la franquicia. Si bien el Derecho de la competencia, por su carácter imperativo, no puede desvirtuar la naturaleza y el contenido del contrato surgido al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes que ha dado origen a nuevas formas contractuales, sin embargo, es posible que estas referencias normativas no hayan querido regular sólo determinados efectos anticompetitivos para abordar cuestiones de otro tipo, como la tutela del más débil. Sin duda, al analizar los preceptos de la LCD y de la LDC en este epígrafe, ésta es la óptica abordada. *Vid.* (De) Elías-Ostúa y Ripoll, R. "La Franquicia europea", *Noticias C.E.E.*, núm. 88, 2002, pp. 55 y ss., relativas a la influencia del Derecho de la competencia en la regulación de la extinción del contrato de franquicia.

e.1. Tratamiento normativo de la explotación de una situación de dependencia económica.

E.1.A. PLANTEAMIENTO GENÉRICO DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 52/1999.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 52/1999 ha modificado la redacción del art. 16 de la LCD⁶¹⁷ ampliando su contenido en el segundo apartado referido a la situación de dependencia económica, ha añadido un tercero y ha incluido en su epígrafe el término de *Dependencia económica*, que de esta forma se suma al existente de *Discriminación*.

Respecto del art. 16.2 LCD, se ha agregado una segunda frase a este precepto según la cual esta situación de dependencia "se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que se conceden a compradores similares".

Con relación al tercer apartado de nueva creación, en su virtud tendrá la consideración de desleal: a. "La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor"; b. "La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado".

Si bien aparentemente parece que con este nuevo epígrafe se incluyen dos nuevos actos de competencia desleal distintos de la

⁶¹⁷ Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada el 29/12/1999, -BOE. núm. 311/1999-.

discriminación de los consumidores prevista en el art. 16.1 y del abuso de dependencia económica contemplado en el art. 16.2 LCD, sin embargo, es en realidad una explicitación de la cláusula general de prohibición de los comportamientos abusivos contemplados en este último apartado, en virtud de una minilista no exhaustiva. Como consecuencia, la ruptura de la relación comercial sin preaviso y la obtención de determinadas condiciones de cooperación comercial bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales serán siempre desleales con arreglo al art. 16.3 LCD, sólo cuando el sujeto activo de estos comportamientos sea una empresa con poder de mercado relativo, y el pasivo una empresa cliente o proveedor que no disponga de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad⁶¹⁸.

A este régimen configurador de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica a través del ilícito de competencia desleal se suma, en virtud de la Ley 52/1999, de reforma de la LDC, la tipificación de tal conducta además como ilícito antitrust; sistemática dual criticada por la doctrina⁶¹⁹, y cuya

⁶¹⁸ Juan y Mateu, F. "Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999", *CCJC*, enero/marzo 2001, pp. 50 y ss.

⁶¹⁹ Esta reforma ha sido criticada por innecesaria y contraproducente. Innecesaria porque, si la situación de dependencia económica se equipara a la de posición de dominio, estos supuestos ya pueden quedar englobados en el ámbito del abuso de posición dominante; y si no es así, bastaba la tutela ejercida contra la explotación de las situaciones de dependencia económica en el art. 16.2 LCD siendo que, además, el Tribunal de Defensa de la Competencia también puede, en su caso, entender de estas situaciones por la vía del art. 7 LDC que prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales del mercado. Además de introducir confusión en las relaciones entre la LDC y la LCD al situar a la primera en el ámbito de la tutela de los intereses privados, donde sólo se debería situar, por ser el ámbito adecuado, el Derecho de obligaciones y contratos y la LCD. *Vid.* Pellisé Capell, J. *La "explotación abusiva" de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas: Madrid: 2002, pp. 255 y ss. Critica asimismo la sistemática operada, Zabaleta Díaz, M. "La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia", *Derecho de los Negocios*, mayo 2003, pp. 18-28, espec. p. 21; esta misma autora, en un estudio extenso, en *La*

previsión es que desaparezca⁶²⁰. Así, se ha dado una nueva redacción al art. 6.1 LDC, y se ha añadido dos nuevas letras al apartado f) y g) del apartado 2 de dicho artículo⁶²¹.

explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal, op.cit., pp. 23 y ss.; y de forma muy dura, Berenguer Fuster L, y Giner Parreño, A. "Comentarios Críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", Derecho de los Negocios, marzo 2000, pp. 27 y s. Igualmente críticos aunque con menor virulencia, encontramos las posiciones de Pérez-Bustamante Köster, J. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto", GJ, enero/febrero 2000, pp. 33-45; y finalmente el profesor J. Massaguer en un artículo exhaustivo, si bien se muestra más indulgente al afirmar que "las consecuencias de la singular opción del legislador no son especialmente alarmantes, ni desde el punto de vista sistemático ni, aunque con reparos, desde el punto de vista práctico". vid. Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, tomo II, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 2203-2268. Del análisis efectuado por la doctrina, resulta esclarecedor, para entender la mecánica operada por el legislador español, la recepción, si bien defectuosa, que éste ha hecho del tratamiento legal de este comportamiento anticoncurrencial efectuado por el Derecho alemán y francés. Muestra de la confusión a la que conduce esta dualidad no clarificada, es la STS núm. 782/2003, de 27 de julio, La Ley Juris: 2713/2003, en la que el TS decide en casación sobre la competencia de la jurisdicción civil o la administrativa del TDC, con relación a un asunto de explotación desleal por parte de una empresa de la situación de dependencia en que puedan encontrarse sus clientes. Entre los argumentos esgrimidos por la Sala para decidir la cuestión, "Si hablamos de abuso de posición dominante, habrá que recurrir a la LDC, pero es que la actora lo que habla es de explotación de situación de dependencia económica, es decir, LCD. Por último y por supuesto, reiterar la ya conocida vis atractiva de la jurisdicción civil."

⁶²⁰ La propuesta de reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, prevé centrar el objeto de la Ley de defensa de la competencia, de forma que o bien se eliminan estos tipos de infracción de la LDC, o bien se separa el abuso de dependencia económica como un ilícito diferenciado del abuso de posición de dominio, eliminando al tiempo las limitaciones contemplados en el mismo. Vid. Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, 20 enero 2005, [www.mineco.es/dgdc/sdc/Libro Blanco%20 Reforma Def Competencia.pdf](http://www.mineco.es/dgdc/sdc/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf), p. 53.

⁶²¹ Modificación operada en virtud del art. 4 de la Ley 52/1999.

En cuanto a la modificación del apartado 1 del art. 6 LDC, la redacción actual de su apartado b) deja el contenido de éste prácticamente en los mismos términos que los indicados respecto del art. 16.2 LCD. A su vez, el art. 6.2 LDC sigue contemplando, como en el caso del 16.3 LCD, una lista no exhaustiva de conductas abusivas, si bien en este contexto debe entenderse que se refiere tanto al abuso de posición de dominio, cláusula general clásica que se mantiene como antes de la reforma, como a la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, cláusula introducida en la reforma⁶²².

⁶²² Con independencia de la crítica vertida con diferente grado de acritud o de aceptación en la sistemática operada por el legislador español en la reforma de la LDC por Ley 52/1999, la doctrina ha interpretado de forma estructurada la relación entre los distintos apartados, así como el espíritu integrador de la reforma en cuanto a la defensa de la competencia en sus distintos ámbitos. Respecto del primero de los puntos señalados, ambas cláusulas son expresión de una realidad afín: la prohibición de la explotación de una situación de dependencia económica es complemento de la prohibición de abuso de una posición dominante; una y otra configuran un sistema para el control de las conductas de empresas no expuestas sustancialmente a una relación de competencia, sea con carácter general (posición de dominio absoluto) o en la relación individualizada (posición de dominio relativo/situación de dependencia económica). *Vid.* Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2219 y s. Esta relación señalada con carácter específico respecto de las cláusulas señaladas, ha sido indicado con carácter general en función de una más general complementariedad entre el Derecho de la competencia desleal y el de defensa de la competencia, sobre la base de que ambas normativas tienen como finalidad la protección de los mismos intereses (lo que no significa cuestionar que el caso de la LCD el acento recae sobre los intereses privados de los operadores económicos, mientras que en la LDC son los intereses públicos los que priman). Muestra de esta concepción unitaria o complementaria del Derecho de la competencia es el art. 7 LDC. *Vid.* Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, *op.cit.*, pp. 44 y ss. Sobre la comprensión unitaria de ambas ramas, *vid.* también Estupiñán Cáceres, R. "El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones", *GJ*, marzo/abril 2004, pp. 63 y ss.

Como consecuencia de la doble regulación, el franquiciado cuyo contrato ha visto resuelto o modificado en alguno de sus puntos esenciales sin el preaviso indicado en tales normas, se le ofrece una doble posibilidad: a) acudir a los Tribunales ordinarios competentes y denunciar el ilícito concurrencial ejerciendo las acciones que considere pertinentes según el art. 18 LCD⁶²³, o bien b) solicitar el pronunciamiento del TDC⁶²⁴, tras el cual, si es favorable a sus pretensiones declarando en firme el abuso de la dependencia económica producida en la resolución total o parcial del contrato, deberá reclamar ante la jurisdicción ordinaria una

⁶²³ El régimen general de la acción de responsabilidad civil derivada de ilícitos concurrenciales se encuentra fundamentalmente en el art. 18 LCD y siguientes del mismo cuerpo legal, en cuanto que regulan las condiciones del ejercicio de las acciones descritas. Dado el carácter general de la LCD, deberán observarse sus disposiciones en el ámbito del resarcimiento de daños causados cuando la concreta norma jurídica no ofrezca una solución para la reparación de un determinado daño y sí lo contemple este cuerpo legal. En este sentido, sí es posible la concurrencia del art. 18 LCD con otra acción resarcitoria fundada, por ejemplo, en la Ley de Marcas, cuando la solución para la reparación del daño no venga solucionada en esta primera norma. *Vid.* (De La) Vega García, F.L., *Responsabilidad Civil Derivada del Ilícito Concurrencial*, Civitas: Madrid, 2001, pp. 320 y ss.

⁶²⁴ En la actuación del TDC enjuiciando una conducta desleal de las tipificadas por la LDC, este órgano no está vinculado por ningún tipo de actuación previa declarando la deslealtad de tal conducta, como ha tenido ocasión de pronunciarse. *Vid., ad exemplum*, la Resolución TDC (Expte. 294/91 ANIERAC vs. FRINT ESPAÑA S.A. y otros), de 8 de julio de 1992, en su Fto. Dcho. 2º, según el cual, y con referencia a la aplicación del art. 7 LDC pero cuyo razonamiento aquí podemos aplicar *mutatis mutandi* "..., al actuar en protección de la libre competencia, este Tribunal no está en modo alguno conociendo de ninguna de las acciones que enumera el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), ni va a sancionar ni reprimir los mismos actos de competencia desleal, sino que los va a tomar como elementos configuradores de una peculiar forma de actuación contra la libre competencia: el falseamiento sensible de la misma por actos de competencia desleal. La represión y sanción a que hubiere lugar recaerán sobre el efecto de falseamiento de la libre competencia, pero no sobre los actos mismos de competencia desleal". *Vid.* en www.tdcompetencia.org.

indemnización por los daños causados por tal abuso, en virtud del art. 13.2 LDC.⁶²⁵

En cualquier caso, y aunque el art. 6 LDC no lo señale expresamente, esta norma no prohíbe cualquier explotación abusiva de la situación de dependencia, sino únicamente aquella que de alguna forma apreciable restrinja la libre competencia, y

⁶²⁵ González-Varas Ibáñez, S. "Las franquicias", *op.cit.*, pp. 23 y s. Están claros en la Ley 52/1999 los presupuestos de su existencia: a) que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado; y b) que esa grave distorsión afecte al interés público. Dado este supuesto, los que quieran ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de actos prohibidos por la LDC, podrá ejercitarlos vía civil una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional, según establece el inciso 2 del art. 13 LDC. En su virtud, se introduce *prima facie* una excepción a la simultaneidad de las sanciones administrativas con otras consecuencias jurídicas como las derivadas de la responsabilidad civil; *vid.* (De La) Vega García, F.L., *Responsabilidad Civil Derivada del Ilícito Concurrencial*, *op.cit.*, pp. 336 y ss. Sin embargo, aunque nada se establece acerca de la aplicación conjunta o no del Derecho de la Competencia Desleal y del Derecho de Defensa de la Competencia, ni tampoco acerca de las consecuencias de la aplicación del pretendido requisito previo de procedibilidad *ex art.* 13.2 LDC, no resulta equitativo defender la existencia de dicho requisito en los supuestos de actos desleales con relevancia antitrust, y su ausencia en supuestos de actos desleales sin relevancia antitrust, como señala De La Vega García, F.L., "La actividad comercial minorista ante la ley 16/1989, de Defensa de la Competencia", *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), núm. 17, 1999, p. 326. *Vid.* el mismo autor en *Responsabilidad Civil Derivada del Ilícito Concurrencial*, *op.cit.*, pp. 359 y ss. Este tratamiento desigual que tiene su origen en el art. 13.2 LDC, puede ser suavizado si se interpreta que tal declaración previa resulta relevante en cuanto que suspende el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil hasta que se dicte la declaración administrativa o jurisdiccional sobre la conducta anticompetitiva, pero no representa técnicamente un requisito de procedibilidad; *vid.* (De La) Vega García, F.L., *ibidem*, *op.cit.*, pp. 352 y ss. De esta manera podría interponerse una acción de responsabilidad civil sin esperar necesariamente el pronunciamiento de órganos administrativos, lo que siempre es posible respecto de las conductas tipificadas idénticamente en la LDC y en la LCD en virtud de las acciones indicadas en el art. 18 de este último cuerpo legal. Según esta interpretación, la firmeza de la declaración administrativa o jurisdiccional tendría un valor añadido para obtener un grado más de certeza sobre la existencia de anti-competitividad.

ello por dos razones: la primera, porque si la práctica en cuestión no afecta negativamente a la libre competencia, no tiene cabida en el contexto de la LDC; y en segundo lugar, porque la represión de las prácticas de explotación de situaciones de dependencia económica que sean desleales, pero que carezcan de interés general, se ha conferido expresamente a la LCD⁶²⁶, si bien cabrían matizaciones⁶²⁷.

⁶²⁶ Si bien es cierto que el art. 6 prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio y de la situación de dependencia sin exigir una distorsión grave de las condiciones de competencia ni una afectación del interés público, es difícil imaginar al TDC actuando respecto de prácticas que no afecten al interés general, y más teniendo en cuenta que el art. 1 LDC permite, tras la redacción dada por la reforma operada por Ley 52/1999, que los órganos de defensa de la competencia decidan no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en la LDC respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En cambio, cuando se trate exclusivamente de defender los intereses de una empresa frente a otra, deberá acudir a los tribunales ordinarios, puesto que la libre competencia como fin se inscribe en el marco de la protección del mercado, del interés público, que no debe confundirse con la protección del consumidor. *Vid. García Martínez, R. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia", RPJ, 2001, núm. 64, pp. 311 y ss. Dado este mecanismo de aplicación del art. 6 LDC, nos situamos en un ámbito ya recogido de forma genérica por el art. 7 de dicha norma -para poder sancionar los actos desleales que, además, falseen la libre competencia-, motivo de crítica de la doctrina según ya hemos indicado. Vid. Pérez-Bustamante Köster, J. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto", op.cit., pp. 39 y s. En el mismo sentido Pellisé Capell, J. La "explotación abusiva" de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC), op.cit., pp. 250-257. El TDC se ha definido en este sentido, si bien referido al art. 7 LDC, en la Resolución TDC (Expte. 335/93 Trip y Chevignon) de 15 de abril de 1994, en su Fto. Dcho. 7º: "Según el art. 7 LDC para que los actos de competencia desleal sean relevantes al efecto de su consideración como infracción, es preciso que se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia que afecte al interés público; en este sentido hay que recordar que la aplicación de la LDC, como dice su Exposición de Motivos, trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado "desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos" y, por tanto, no es la pura defensa de los intereses particulares que se ven más directamente afectados por los actos desleales el objetivo de la actuación del Tribunal, sino sólo en tanto en cuanto aquéllos por*

E.1.B. PRESUPUESTO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS RELEVANTES DE LA LCD Y LA LDC.

El primer presupuesto objetivo de aplicación de este doble mecanismo regulador, es la situación de dependencia económica. El legislador no da en ninguna de las dos normas una definición de situación de dependencia, aunque sí una pauta a la que ésta se condiciona: se considera que la empresa cliente o proveedora se encuentra en tal situación cuando no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la otra sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada, al no disponer de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Al respecto, la norma determina en ambos casos una presunción: cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores

su naturaleza, reiteración, influencia sobre la estructura del mercado afectado e importancia económica, entre otras consideraciones, falsea de modo sensible los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado, como ha declarado reiteradamente este Tribunal (Res. de 16 de abril de 1993, r 47/93, Libros de Texto de Valladolid; Res. de 7 de octubre de 1993, r 61/93, Autoescuelas de Valencia)".

⁶²⁷ Cada vez más asistimos a un proceso integrador del Derecho de la competencia en sus dos ramas, donde existen canales de comunicación o mecanismos de defensa desde cada una de sus ramas o vertientes, la defensa de la competencia con carácter general y la represión de conductas desleales, desde donde abordar situaciones típicamente defendidas por la norma no directamente afectada. Así, y en concreto, además del art. 7 LDC y el 6.2 que estamos aquí analizando, normas de defensa de la competencia que persiguen conductas calificadas como desleales, en el ámbito de la LCD encontramos el art. 15.2, que considera desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, de forma que nada obstaría que los perjudicados por un ilícito *antitrust*, como sujetos pasivos de un acto de competencia desleal vía art. 15.2 LCD, acudan directamente a los tribunales civiles a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios por la vía del art. 18.5 LCD. *Vid.*, extensamente, en Estupiñán Cáceres, R. "El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones", *op.cit.*, pp. 63-76.

similares⁶²⁸. Evidentemente, lo que es reprobable no es la situación de dependencia económica, sino el abuso de esa posición de debilidad que padece el sujeto pasivo⁶²⁹.

No toda conducta de una empresa con poder de mercado en las relaciones con clientes y proveedores constituye una explotación, un acto de competencia desleal, sino sólo cuando no responda al principio de competencia por propios méritos o, lo que es lo mismo, carezca de justificación objetiva o conformidad concurrencial⁶³⁰.

⁶²⁸ Art. 16.2 LCD y art. 6.1.b) LDC. En la interpretación de este requisito debe atenderse al criterio objetivo de suficiencia de la alternativa y al criterio subjetivo de su viabilidad. Así, la alternativa es equivalente si permite sustituir de modo satisfactorio la relación con la empresa cuyo poder relativo de mercado se considera. Para la empresa dependiente tal posibilidad ha de ser, además, viable, lo que no es el caso, *v.gr.*, cuando ésta ha orientado de tal forma su actividad a un determinado producto o prestación de un servicio, que la reorientación de su actividad de su actividad suponga un riesgo o un coste difícilmente asumible. *Vid.* Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2231 y s.; así como Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, *op.cit.*, pp. 232 y ss.

⁶²⁹ Zabaleta Díaz, M. "La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia", *op.cit.*, p. 19. La relación entre las empresas, cliente y proveedora, circunscribe el tipo a aquellos supuestos donde exista una relación vertical ascendente o descendente, marginando aquellos otros donde se dé un poder relativo horizontal. *Vid.* Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2227.

⁶³⁰ Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2246 y ss. El TDC se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre el valor de determinados acuerdos verticales que, *per se*, no restringen la competencia. Así, recientemente, y en el ámbito de la franquicia la Resolución TDC (Expte. r 621/04 Asociación de Franquiciados de Tele Pizza vs. Tele Pizza S.A.) Fto. Dcho. 5º, "Hoy se considera que lo más grave desde el punto de vista de las restricciones a la competencia es el acuerdo de orientación colusoria intermarcas y no tanto las formas más o menos novedosas de distribuir y comercializar un producto, de unas características muy concretas y claramente diferenciadas en el mercado, que

De las cuatro clases de dependencia que ha reconocido la doctrina, resulta de aplicación al contrato de franquicia, aquella que alude a la situación del empresario que tiene centrada su actividad en la distribución del producto de un determinado fabricante, o dependencia debida a la organización de la empresa⁶³¹. En su virtud, la empresa dependiente ha organizado su establecimiento y actividad según las características particulares de los productos o servicios de otra empresa; y la relación entre ambas empresas viene determinada por un contrato de larga duración o por una

lleva consigo acuerdos verticales intramarca. Las razones de no enfatizar los efectos anticompetitivos de una restricción vertical intramarca tienen soporte en la idea de poder producir una importante reducción de costes de información, cuando se genera una alta uniformidad en el producto, propiciada precisamente por el acuerdo vertical intramarca. Además, se reconoce que hay una reducción en los costes operativos y en los costes de integración de mercados, derivados todos ellos de este tipo de acuerdo restrictivo. Todo lo cual puede resultar muy beneficioso para el consumidor final". En el mismo sentido se ha expresado las Directrices relativas a las restricciones verticales, cit., según las que "...en determinadas condiciones, resulta probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados y que ello puede compensar los posibles efectos negativos. En términos generales, se han de apoyar las restricciones verticales de duración limitada que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones..." (num. 117).

⁶³¹ Las otras tres situaciones de dependencia son: 1. la debida a la selección de productos, y hace referencia a la situación del distribuidor que para ser competitivo necesita incluir en su oferta artículos producidos con la marca de uno o de varios fabricantes determinados. 2. la situación del distribuidor al que el proveedor niega el suministro por razones de escasez. 3. la debida al poder de la demanda, en cuya situación se encuentran los proveedores de las grandes empresas de distribución que realizan un importante volumen de negocios con un distribuidor en concreto. Descritas y explicadas en Zabaleta Díaz, M. "La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia", *op.cit.*, p. 22 y ss., e igualmente en Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2233 y ss., que cita largamente a la doctrina alemana en la que se sustenta dicha clasificación.

elevada inversión, por lo que la ruptura de relaciones comerciales pondría en riesgo la continuidad de su actividad⁶³².

Para determinar la existencia de una situación de dependencia, es necesario delimitar el mercado relevante desde un punto de vista objetivo, geográfico, y en su caso temporal. En este caso, en la concreción del mercado relevante debe atenderse a la situación de la empresa cliente o proveedora y especialmente a las posibilidades de reorientar la actividad empresarial. En la apreciación de la situación de dependencia, se atenderá a diversos criterios según el caso concreto: así, *v.gr.*, en el caso de un distribuidor, o de un franquiciado, son indicios de su dependencia la notoriedad de la marca, una elevada cuota de mercado del principal (es necesario que la empresa fuerte posea un poder económico suficiente para dar lugar a una situación de dependencia), y un importante volumen de negocios entre la empresa fuerte y la cliente⁶³³.

El segundo presupuesto objetivo recogido tras la reforma es el ejercicio abusivo de la posición dominante a través de una ruptura *brutal* de las relaciones comerciales, o bien la obtención bajo coacción de condiciones comerciales ventajosas.

Respecto del primero de estos supuestos, se recoge tanto por la LCD como por la LDC, la ruptura total como parcial de las relaciones comerciales, si bien con una inexplicable diferencia de

⁶³² Bajo este criterio existe algún ejemplo de pretensión indemnizatoria por ruptura abusiva de la relación comercial de distribución, al amparo del art. 16.3 LCD indicado; así la SAP Granada núm. 648/2004, de 10 de noviembre -JUR 2005/51535-, si bien no prosperó la pretensión.

⁶³³ García Martínez, R. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia", *op.cit.*, p. 318 y ss; Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, *op.cit.*, pp. 230 y ss.

redacción. Así, no se menciona el posible actuante de tal conducta lesiva en la LCD, y sin embargo se circunscribe al proveedor en el supuesto descrito en la LDC. Por lo tanto, la generalidad del supuesto y la falta de referencia al proveedor en el ámbito de la LCD, permitirían su aplicación al caso contrario de dependencia del distribuidor, como por ejemplo, a la situación del concesionario en sus relaciones con el fabricante⁶³⁴, supuesto difícilmente imaginable respecto de la franquicia.

Posee un alcance dudoso el término de "ruptura de la relación comercial establecida", en cuanto a si sólo se recoge la denuncia de un contrato concluido entre la empresa fuerte y la dependiente, o también la negativa a prorrogar o a renovar un contrato próximo a extinguirse. Una interpretación literal del precepto sólo admitiría la primera posibilidad, si bien, atendiendo a su contexto y a sus fines, la penalización de un abuso de dependencia económica, cabría incluir también este segundo supuesto⁶³⁵.

Por su parte, la denominada ruptura parcial de la relación establecida ha de interpretarse, no en términos extintivos del contrato, sino como una modificación importante de su contenido. Lo que está claro, aunque no se haya explicitado, es que lo que se tipifica como abusivo es la ruptura total o parcial de la relación cuando ha sido provocada por la empresa fuerte de forma unilateral y en contra de la voluntad de la empresa dependiente⁶³⁶.

Las condiciones de tal ruptura, para ser considerada abusiva, ha de ser efectuada sin preaviso escrito y preciso con una

⁶³⁴ Zabaleta Díaz, M. "La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia", *op.cit.*, p. 24.

⁶³⁵ Favorable a la inclusión de la no continuación de la relación comercial establecida, Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2250.

⁶³⁶ Juan y Mateu, F. "Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999", *op.cit.*, p. 52.

antelación mínima de seis meses, por parte de la empresa dominante, claro está, salvo causa justificada por incumplimiento grave de la otra parte o por fuerza mayor.

A su vez, la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales que pretende la obtención de ventajas injustificadas, también encuentra una doble redacción en el ámbito de ambas leyes, de forma que en la LCD sólo se sanciona la obtención de las pretendidas ventajas, mientras que en la LDC también se sanciona la mera tentativa.

e.2. Repercusión de la reforma de las leyes sobre competencia respecto de las condiciones admisibles de la resolución unilateral del contrato de franquicia.

Las relaciones en el contrato de franquicia comportan, por su misma naturaleza, una dependencia económica por razones empresariales del franquiciado respecto del franquiciador; aquél actúa en el mercado según el patrón marcado por éste en el contrato y en los documentos y en las conductas adyacentes (manual de la franquicia, formación...), en una apuesta de negocio que ha demostrado su viabilidad. La bondad y eficiencia del sistema puede convertirse en una tenaza mortal para el franquiciado si se produce el abuso de la situación dominante del franquiciador, lo que adquiere un especial relieve en el momento de la terminación y/o la renovación del contrato, y más si éste acaba en virtud de resolución unilateral del mismo.

Efectivamente, de los cuatro tipos de dependencia descritos por la doctrina, la que se deriva del contrato de franquicia claramente se encuadra en aquella debida a la organización de la empresa. De este modo, la franquiciada ha organizado su establecimiento y actividad según las características particulares de los productos o servicios de la franquiciadora; y la relación entre

ambas empresas viene determinada por un contrato de larga duración o por una elevada inversión, por lo que la ruptura de relaciones comerciales pondría en riesgo la continuidad de su actividad. Bien puede afirmarse que en la generalidad de los casos, el franquiciado carecerá llegado el momento de la extinción del contrato de una alternativa equivalente, si bien tal dependencia es de carácter económico o estructural pero no jurídico⁶³⁷. La dependencia se produce, en este caso, del distribuidor, en sentido amplio, respecto de su proveedor o principal.

Con arreglo a estos parámetros, es perfectamente aplicable el art. 16.2 LCD a las relaciones entre franquiciador y franquiciado, siempre que se cumplan el resto de condiciones que determinan la explotación abusiva de la posición dominante del primero. Y en sentido análogo, en cuanto a su vez comporte un efecto anticompetencial relevante, puede afirmarse del art. 6 LDC. Si bien, y en la práctica, puesto que los efectos de la ruptura del contrato de franquicia u otras formas de abuso suele mantenerse en el ámbito de las relaciones entre particulares, en principio sería una conducta más propia de la normativa reguladora de la competencia desleal.

⁶³⁷ Jurídicamente, la relación entre franquiciador y franquiciado viene determinada por un contrato consensual y sinalagmático, si bien de adhesión por lo que no puede decirse que ha existido una parida en la negociación de las condiciones contractuales, en el que este último posee una posición independiente. Ahora bien, económicamente, y esta circunstancia dependerá de la circunstancia concreta de cada franquiciado, éste no siempre estará en condiciones de ser incluido en otra red de distribución, en cuanto al coste que esto le reporta. *Vid. Zabaleta Díaz, M. La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal, op.cit., p. 276 y ss. A más ende, en la casi totalidad de los casos existirá un cláusula contractual de prohibición de competencia tras la extinción del contrato, que supondría que durante un determinado periodo no podría actuar en el tráfico jurídico en el sector que él bien conoce, por lo que habría de reconvertir su negocio en otro completamente dispar.*

Las situaciones reales y prácticas en las que puede darse una explotación de tal situación de dependencia en una relación comercial de franquicia pueden ser variadas: así, por ejemplo, cuando se ha cambiado la política comercial o de expansión de la red en una determinada zona, y se quiere introducir determinados cambios sustanciales en el contrato, o bien cuando sencillamente se ha perdido la confianza en el franquiciado sin que exista causa grave que justifique una resolución contractual. Sea cual sea la razón que dé origen a dicha situación, el franquiciado puede sentirse inclinado a amenazar con romper la relación establecida, más aún a no renovarla llegado el momento de la prórroga, o provocar mediante determinadas argucias el incumplimiento del franquiciado que justifique la resolución contractual. Evidentemente es una cuestión de prueba, cuya demostración recae en el perjudicado, y cuyas consecuencias dependerán del resultado de la acción emprendida, según el art. 18 LCD o/y vía LDC.

Sin embargo, y aún en el caso de la viabilidad de los mecanismos establecidos, ésta no es la solución para resolver definitivamente la ruptura abusiva de las relaciones de franquicia, ni la vía de articular el reconocimiento de indemnizaciones postcontractuales derivadas de la finalización del contrato.

En primer lugar, no es una solución clara para el caso de no renovación del contrato de franquicia extinguido éste en la duración prevista en el contrato, al ser una cuestión sujeta a interpretación, por más que la doctrina se muestre favorable, con lo que dependerá del juez *a quo* que dirima la cuestión.

En segundo lugar, no reconoce derecho a indemnización alguna por el mismo hecho de la extinción del contrato sin causa imputable al franquiciado que lo justifique, dentro de un marco razonable como el establecido en la LCA para la agencia, por lo que siempre estará sujeto a demostrar el daño irrogado por el

franquiciador. Consecuentemente, sólo cabrá indemnización bajo el marco normativo descrito cuando se produzca alguna de las situaciones de explotación recogidas, pero no cuando el contrato se extinga por cualquier otro motivo, como es el caso de la duración determinada o las otras causas no relativas a un incumplimiento de la parte que puedan establecerse en el contrato⁶³⁸.

Por otra parte, y en condiciones semejantes a las producidas respecto de la aplicación del art. 20.2) de la Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia citada, de cuyo modelo se ha servido parcialmente el legislador español, es muy difícil que el franquiciado demuestre el abuso de la dependencia económica, en cuanto que el franquiciador respete en la resolución del contrato el plazo de preaviso en él establecido, que en la normativa española se establece en un mínimo de 6 meses, aún cuando efectivamente la resolución implique un efecto discriminatorio⁶³⁹. Al tiempo, tasar el preaviso en 6 meses, aún siendo un tiempo estimable, puede resultar injustificadamente largo en contratos de corta duración y quizás breve en relaciones largamente consolidadas entre las partes.

B.3. El mutuo disenso.

Causa de extinción del contrato debido al acuerdo de los contratantes por el que deciden dejarlo sin efecto y, en su caso, regulan las consecuencias de dicha ruptura.

⁶³⁸ Las causas de resolución del contrato de agencia que dan lugar, con las debidas condiciones, a la indemnización por clientela, según el art. 28 LCA, no tienen como raíz una situación irregular previa del franquiciador, motivo ajeno a su fundamento.

⁶³⁹ Por esta razón, la doctrina alemana prefiere la aplicación analógica al concesionario, y por extensión al franquiciado, del art. 89b HGB que concede al agente una indemnización por clientela. *Vid. Zabaleta Díaz, M. La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal, op.cit., p. 174.*

En cuanto que declaración de voluntad, tiene naturaleza de contrato extintivo o *contrarius consensus*, por el que las partes sólo quedan obligadas a cumplir las prestaciones que extingan definitivamente la relación⁶⁴⁰, cuestión de importancia en el contrato de franquicia respecto de elementos tales como el stock sobrante, la marca o el mismo rótulo del establecimiento y que no descarta la indemnización por prestaciones que debieron satisfacerse durante el tiempo de ejecución del contrato⁶⁴¹.

Una posibilidad admitida en el ordenamiento jurídico es el llamado "mutuo disenso tácito", abandono fáctico y consentido por las partes contractuales que revelan la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el art. 1156 C.c, se admite por la jurisprudencia⁶⁴². Se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral (*contrarius consensus*) que determina una ineficacia sobrevenida por causa imprevista, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca⁶⁴³.

De cualquier forma, la expresión de la voluntad no ha de permitir margen de duda acerca de la intención de las partes. De esta forma, por ejemplo, la liquidación ordenada de la situación

⁶⁴⁰ Ragel Sánchez, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos, op.cit.*, p. 368.

⁶⁴¹ La SAP Madrid, de 22 mayo 2001, -JUR 2001/251923- reconoce el mutuo disenso producido como mecanismo de resolución contractual, pero al mismo tiempo, acreditado el incumplimiento del franquiciador respecto de su obligación de proporcionar el staff asistencial reconocido en contrato, falla en contrato de éste el pago de la correspondiente indemnización por este concepto

⁶⁴² Entre otras, *vid.* SSTs de 11 de febrero de 1982 (expresado como mutuo abandono) -RJ 1982/588- y de 30 de mayo de 1984 -RJ 1984/2809- (decisión concurrente de ambas partes).

⁶⁴³ Fto. Dcho. 3º de la STS núm. 875/1999, de 25 de octubre -RJ 1999/7624-.

económica existente en el momento de la extinción contractual es un indicio de acuerdo extintivo, pero no lo es de manera tan decisiva que lleve de manera ineludible a esta conclusión, puesto que tal actitud es compatible con una ruptura unilateral⁶⁴⁴.

Esta forma de resolver el contrato no presenta especiales problemas al contar con el consentimiento de todas las partes implicadas.

⁶⁴⁴ Como fue el caso dirimido en el contencioso objeto de la SAP Burgos núm. 167/2003, de 4 de abril, -JUR 2003/150202-.

4. Consecuencias jurídicas derivadas de la extinción.

Al extinguirse un contrato de franquicia son diversas las cuestiones que quedan pendientes, según ya hemos hecho referencia. La primera de todas ellas, consecuencia natural de la cesación del negocio, es la liquidación de deudas pendientes y, particularmente, la obligación del franquiciado de abonar al franquiciador todas las sumas que le adeude en el momento de la resolución del contrato. Además de ésta, genérica a los contratos sinalagmáticos con contraprestación económica, habrá que tener en cuenta determinados puntos propios de este negocio jurídico⁶⁴⁵:

1. Los *stocks* sobrantes. Es conveniente prever la obligación del franquiciado de recomprarlos. Si dicha obligación no se contemplara en el contrato, el franquiciador debe preavisar u otorgar un tiempo adicional suficiente como para permitir algún tipo de "salida" para los mismos.
2. Los derechos de propiedad industrial e intelectual (marcas, patentes, *slogans*, nombre comercial, rótulos, etc.). Sobre el particular, el franquiciado deberá abstenerse de su uso al finalizar el contrato, ya que sobre ellos no ostenta más que un derecho de uso temporal y condicionado a la pervivencia del negocio en cuanto que franquiciado.
3. La cláusula de no-competencia. Impuesta normalmente al franquiciado para evitar divulgaciones o utilizaciones del know-how del franquiciador. Dicha cláusula no podrá ser indefinida ni abarcar la totalidad del territorio. En su virtud, durante el tiempo de su vigencia, el franquiciado no podrá ejercer

⁶⁴⁵ Vid. Peckert, F., Erdmann, G. y Kiewitt, A. *Franchise und Lizenz 2002, op.cit.*, p. 105; Ordiñaga Rigo, S. "La franquicia: el futuro de la integración comercial", en *Boletín ICE Económico*, núm. 2375 del 28 de junio al 4 de julio de 1993, p. 6

actividades similares a las que ha estado desarrollando con el contrato de franquicia⁶⁴⁶.

4. La devolución del canon de entrada por los servicios no prestados por el franquiciador en función del tiempo restante de vigencia del contrato anticipadamente resuelto. Elemento éste controvertido y sobre el que disertaremos en el epígrafe correspondiente.

Un planteamiento aparte merece, por su especificidad, la relativa al local de negocio, debiéndose preverse las consecuencias que, con distintas repercusiones, se derivan del hecho de que el franquiciador posee el local donde se ha ubicado el franquiciado⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ La no-competencia suele contenerse en todos los contratos de franquicia, y debe respetarse tanto durante la vigencia del mismo, como durante un tiempo después de la finalización del contrato. La validez de dicha estipulación depende de su adecuación a lo establecido en el Reg. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

⁶⁴⁷ En la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley española opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil. Lo único que queda regulado por la LAU, con carácter supletorio de la voluntad expresa de arrendador y arrendatario, es el régimen de obligaciones de conservación y obras, respecto de las cuales por las características del negocio el franquiciado seguirá estrechamente las condiciones establecidas por el franquiciador, el derecho de adquisición preferente, el de traspaso y las subrogaciones *mortis causa*, aunque limitadas al cónyuge e hijos del arrendatario que continúen la actividad y, en este último caso, siempre que se lo permita el concreto negocio franquiciado *ex contractus*. Un supuesto particular de nueva regulación en la LAU y que posee virtualidad propia respecto de las consecuencias jurídicas de la terminación del contrato franquicia es el derecho del arrendatario -franquiciado- a ser indemnizado cuando, queriendo continuar con el arrendamiento, deba abandonar el local por el transcurso del plazo previsto, siempre que de alguna forma el arrendador -franquiciador- o un nuevo arrendatario -eventual nuevo franquiciado que contrata en lugar de aquél- se pudiesen beneficiar de la clientela obtenida por el antiguo arrendatario, o alternativamente, de los gastos de traslado y de los perjuicios derivados del mismo, cuando el arrendatario se vea obligado a trasladar su actividad y que,

o si, por el contrario, es este último el que posee el local ya sea en propiedad o arrendado a un tercero⁶⁴⁸.

Una vez extinguido el contrato, especialmente si la causa ha sido el incumplimiento del franquiciado, al franquiciador le urge el cese de los efectos que hasta el momento se venía produciendo. Sin embargo, es habitual que el franquiciado cesante, continúe exhibiendo la marca de la red, sus rótulos, letreros y demás distintivos de la cadena, siga utilizando el material y utillaje específico de la clientela, venda a pérdida los productos de la

habida cuenta de la prohibición de competencia *post contractus* que suele acompañar a los contratos de franquicia, supondría más allá que traslado de actividad, cambio de negocio. En cualquier caso, a la terminación del contrato de franquicia debería preverse igualmente la del contrato de arrendamiento con el franquiciador propietario del local de negocio, situación ya suscitada en la práctica y que en alguna ocasión ha sido ocasión de controversia judicial; así, en el contrato de franquicia litigioso dirimido en la *Vid.* SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*, se preveía que el local cedido a la franquiciada, arrendataria, debía ser devuelto a la franquiciadora, propietaria, en el momento de la extinción del contrato, *fuese cual fuese la causa de la misma*, con lo que se incluye el incumplimiento o la resolución abusiva del franquiciador. Sobre este particular en Alemania ver detalladamente en Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte, op.cit.*, p. 222 y s.

⁶⁴⁸ En caso de que el franquiciado posea el local donde se vaya a ubicar el establecimiento en régimen de arrendamiento, tanto en el periodo inicial, como en sus posibles prórrogas, es necesario que acredite al franquiciador que el plazo de duración del contrato de arrendamiento es, al menos, el mismo que el del contrato de franquicia o sus prórrogas. Además, el franquiciado, llegado el momento de la terminación por cualquier causa que no suponga incumplimiento del franquiciador o denegación injustificada de la prórroga prevista, debería en virtud del contrato de franquicia comprometerse a ceder los derechos sobre el local al franquiciador, en su caso con la indemnización que por este motivo marca el art. 34 de la LAU. A favor de esta posibilidad, Ordiñaga, S. y Quiles, C. en ponencia sobre el contrato de franquicia en el Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia los días 8, 15, 24 y 29 de octubre y 5 de noviembre de 2002. También en Lete Achirica, J. "Contrato de franquicia", en *Formularios Aranzadi*, J.M. Lete del Río (coord.), capítulo XXXI, formulario 221, cláusula 14^a, Elcano: Aranzadi, p. 389-392. p. 391.

marca franquiciada que tenga en stock o desvíe la clientela hacia otros establecimientos en perjuicio de la red⁶⁴⁹. En este caso, además de emprender las acciones legales procedentes, resulta de gran utilidad el recurso a las medidas cautelares⁶⁵⁰.

Es interesante hacer notar que para hacer efectiva la devolución del rótulo del establecimiento, letreros, expositores y material de exhibición y venta, promoción y publicidad que contengan signos de la marca del franquiciador y por los que se les pagó un precio, puede exigirse, y por supuesto pactarse, el previo reembolso del precio de adquisición con devolución del porcentaje correspondiente en concepto de depreciación por uso⁶⁵¹.

A. LA LIQUIDACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.

La obligación de restitución posee distinto alcance en esta sede respecto de aquella que compete a las partes cuando el contrato ha sido declarado nulo. En aquél caso, veíamos *supra*, en virtud del art. 1303 C.c., venían obligadas a restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato,

⁶⁴⁹ Así, por ejemplo, *vid.* SAP Cantabria núm. 68/2004, de 26 de febrero, -JUR 2004/83832-.

⁶⁵⁰ Dichas medidas cautelares tendrán un soporte legal distinto según la concreta infracción o lesión producida, dada la complejidad del contrato de franquicia. Así, por ejemplo, en el caso de uso ilegítimo de la marca por el franquiciado tras la ruptura del contrato, la normativa de referencia se encuentra fundamentalmente en la Ley de Marcas (arts. 35, 40 y 42, además de la 134 de la Ley de Patentes y el 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-); por el contrario, para el caso de apropiación indebida de la clientela perteneciente a la red de franquicias, las medidas cautelares se argüirán en función de los arts. 721 y ss. de la LEC y el art. 12 de la Ley de Competencia Desleal. *Vid.* Rocafull Rodríguez, J. "Las medidas cautelares en el contrato de franquicia", *efranquizium.com*, 25 febrero 2003.

⁶⁵¹ Según indica la SAP Zaragoza núm. 524/2000, de 25 de julio, -JUR 2000/273349-, *cit.*, la cual calcula el porcentaje de depreciación según la normativa recogida en las "Instrucciones para la aplicación de amortizaciones", consignadas en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Fto. Dcho. 4º).

con sus frutos, y el precio con los intereses, con las excepciones que determina el C.c.

En este caso, el contrato ha sido válido, produciendo legítimamente los efectos que le son propios, por lo que la restitución que compete al franquiciado sólo se extiende, en principio, respecto de aquellos bienes sobre los que no adquirió una disposición total y que fueron puestos a su providencia en función del negocio emprendido por el franquiciador⁶⁵². En este ámbito se entiende comprendidos los derechos sobre bienes inmateriales relativos a la franquicia y cedidos temporalmente con ocasión de ésta⁶⁵³.

A.1. Particular referencia a la problemática de los stocks sobrantes.

Es frecuente que a la franquicia le acompañen una serie de productos propios, suministrados por el propio franquiciador o por algún proveedor propiciado por éste, y que o bien son el mismo objeto franquiciado, en el caso de la franquicia de distribución o producción, o bien forman parte de la unidad de imagen que corresponde al servicio prestado. De esta forma, la recompra puede referirse a elementos destinados a la reventa o a la prestación de un servicio⁶⁵⁴.

⁶⁵² Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, pp. 434 y ss.

⁶⁵³ Como se especifica con relación al subfranquiciado en una máster franquicia, y extensible para todos los casos, en Unidroit, *Guide to Internacional Master Franchise Arrangements, op. cit.*, p. 189 y ss.

⁶⁵⁴ Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *CCJC*, oct. / dic. 2003, p. 936.

Tras la finalización del contrato, el franquiciado se encuentra con una serie de estos bienes que, en algunas ocasiones, puede resultar de alto valor económico⁶⁵⁵.

Es conveniente que sea el contrato mismo el que prevea estas cuestiones, de forma que las cláusulas correspondientes se apliquen en función liquidatoria del negocio. De otro modo, en ciertas franquicias será el mismo franquiciador el que evitando el deterioro de la marca que puede derivarse de una mala venta de sus productos⁶⁵⁶, comprará el stock. La cuestión es de si, cuándo y

⁶⁵⁵ Pensemos en una franquicia de trajes de novias, por ejemplo, o en una franquicia industrial. El importe económico de los bienes almacenados ha sido origen de algún fallo insólito de la jurisprudencia en la búsqueda de un remedio al problema generado; particularmente, en un caso de bebidas *-soft drink-* en Italia, condujo a una solución insólita para el Derecho italiano, al concluir el Pretore de Roma el alargamiento del contrato de franquicia resuelto para que de esta forma pudiese vender el producto acumulado bajo la enseña franquiciada (Pretura di Roma, Ordenanza 11 de junio de 1984, *op.cit.*). De esta forma se rompía un inveterado principio de Derecho de resolución *ad nutum* de las relaciones de duración indeterminada que, en caso de ser abusivas por ausencia o no justificada brevedad del preaviso, da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios pero no a la prórroga *iussu iudicis* de la relación negocial. *Vid.* Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising, op.cit.*, p. 139, n.p. 28; Mezran, K., *Il contratto di Franchising, op.cit.*, p. 188 y s., o en Frignani, A. *Il contratto di franchising, op. cit.*, p. 185 y ss.

⁶⁵⁶ Éste es el caso puesto de relieve por la Sentencia AP Madrid núm. 734/1996, de 17 diciembre -AC 1996/2585- donde, después de tres meses de resuelto el contrato de franquicia y pese a los requerimientos de la franquiciadora, el franquiciado continuaba con su establecimiento abierto al público, vendiendo a más bajo precio el stock de los productos adquiridos a través de la actora, usando el papel de envolver y la etiquetas de la marca franquiciada, manteniendo el color azul característico de la fachada y del rótulo de establecimiento, sustituyendo el nombre comercial por uno similar con letras de las mismas características y siendo igual el objeto comercial de la tienda. En este caso, como la venta de stocks fue acompañada del mantenimiento, disfrazado con algunos retoques, de los elementos que visualmente eran identificados con la red franquiciada, la situación se resolvió preventivamente en virtud de las medidas cautelares concedidas ante la existencia de un principio de prueba bastante determinante de actos de competencia desleal por confusión e imitación (arts. 6 y 11 LCD); si el franquiciado hubiese sido más "discreto" o hábil, vendiendo el stock de cualquier otra forma que evitase tal

en qué condiciones cabe derivar una obligación de recompra de stocks para el franquiciador con arreglo a las reglas de la buena fe⁶⁵⁷.

presunción de competencia desleal, su persecución se hubiese visto seriamente comprometida.

⁶⁵⁷ Éste es el caso en el Derecho alemán, respecto de aquellos bienes que no son revendibles, en aplicación analógica de las disposiciones del mandato (arts. 667 - *Herausgabepflicht des Beauftragten*- y 675 -*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*- BGB), o bien, si el contrato recoge expresamente previsiones al respecto, habrán de ser acordes con un deber de confianza y de buena fe, según establece el art. 9 de la normativa sobre condiciones generales de la contratación (art. 9 AGBG -*Generalklausel*-), *vid.* Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte, op.cit.*, p. 235 y s.. En cualquier caso, es de consideración el art. 242 BGB que exige el cumplimiento de las obligaciones según un deber de confianza y fidelidad atendiendo a las circunstancias del mercado, *vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op.cit.*, p. 163 -166. Tal consideración no supone una obligación de retorno de tales mercancías o bienes relacionados, a semejanza de lo dispuesto en los arts. 675 ó 667 BGB respecto del contrato de gestión de negocios ajenos (que recoge un deber -no un derecho- de entregar o devolver aquello que con ocasión del mandato se recibió...). Otra cosa es que convencionalmente se hubiese pactado un derecho de retracto a cambio de un precio. Encontramos en cierta jurisprudencia francesa una solución basada también en el deber de buena fe, de forma que si precedió a la ruptura una conducta abusiva del franquiciado, será éste quien asuma las condiciones de su acción lesiva entre las que se encuentra la asunción del stock en su poder; por el contrario, si el abuso correspondió al franquiciador él cargará con la responsabilidad de reabsorberlo a título de reparación del perjuicio asumido por el franquiciado. En ausencia de responsabilidad, el franquiciador debería recomprar el stock puesto que al franquiciado le es imposible venderlo fuera del marco de la franquicia (Cass.com. 16 febrero 1970, *Recueil Dalloz*, p. 722; Cass.com. 17 marzo 1970, *Recueil Dalloz*, p. 734), comentadas en Mezran, K., *Il contratto di Franchising, op.cit.*, p. 185 y ss., partidario, a su vez, de la readquisición de los stocks por el franquiciador derivado del principio de buena fe del art. 1375 del Código civil italiano. A su vez, respecto del Derecho suizo, T. De Haller entiende aplicable analógicamente el art. 337 b. del Código civil, relativo al contrato de trabajo, de forma que si la resolución del contrato tuvo como causa en un incumplimiento previo del franquiciador, éste indemnizará al franquiciado por los stocks invendidos que conserve; en otro caso de resolución por alguna causa objetiva, será el juez el que deberá apreciar libremente las consecuencias pecuniarias, entre las que se encuentra la devolución de los stocks, teniendo en cuenta todas las circunstancias. *Vid.* (De) Haller, Thierry. *Le contrat de franchise en droit*

En línea de principio, cabe argumentar que el franquiciado es un empresario autónomo, que corre con el riesgo y ventura de sus operaciones, con lo que si no compró a depósito o con cualquier otro tipo de condición que implique la devolución de tal stock sobrante, su propia posición como comerciante independiente implica la asunción de tales mercancías que, salvo que se le autorice su venta tras la cesación del contrato de franquicia, sólo podrá contabilizar como pérdidas. La situación es delicada y sólo puede resolverse según los parámetros concretos que concurran en cada relación comercial de franquicia⁶⁵⁸.

En el punto de vista contrario, tal acción liquidatoria encontraría su fundamento en la obligación que le viene impuesta al franquiciado de adquirir todos aquellos bienes que comprenden

suisse, op.cit., p. 137 y s. En general, en los países de nuestro entorno algunas de cuyas posiciones ya hemos comentado, no encontramos unanimidad en la doctrina. Así, *v.gr.*, a diferencia de la opinión indicada por la jurisprudencia citada, en Francia es partidario de que el franquiciado asuma las mercancías que se encuentran en el momento liquidatorio en su poder, Bessis, Ph. *Le contrat de franchise, op.cit.*, 1990, p. 104. A su vez, en el contexto italiano, F. Coggi deriva del principio jurídico de ejecución de los contratos según el principio de buena fe una obligación genérica del franquiciador de readquisición o retorno del stock a precio actualizado y no histórico, *vid. Coggi, F.*, "Le condizioni di fine rapporto", *op.cit.*, p. 139 y s. *Vid.*, respecto de los contratos de distribución en Derecho español, las aportaciones de Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *op.cit.*, pp. 936-938. Dicho autor es partidario de la obligación de recompra como derivada del contrato en virtud de la buena fe, en los casos de existencia de cláusulas de prohibición de competencia con efectos tras la extinción del contrato. La razón estriba en que, si éstas existen, se estará impidiendo al franquiciado el empleo del stock en el ejercicio de su actividad. A falta de tales prohibiciones, puesto que puede seguir utilizando tales bienes, habría que considerar injustificada la obligación de recompra, salvo en el caso de comportamientos abusivos por parte del concesionario al incitar u obligar al prestador del servicio técnico a adquirir una gran cantidad de piezas antes de resolver unilateralmente el contrato.

⁶⁵⁸ Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising, op.cit.*, p. 119 y s.

la puesta en marcha y el desarrollo del negocio⁶⁵⁹. Según este esquema, la doctrina alemana asume la compensación debida a la obligación frecuentemente extendida a la adquisición y almacenamiento de mercancías suministradas por el franquiciador o por sus proveedores, en un marco ajustado a la distribución comercial. Como correlación a esta imposición, la buena fe que debe presidir la ejecución de los negocios y cierto ánimo tuitivo del franquiciado, exige que el franquiciador recompre aquellos bienes⁶⁶⁰.

Otra solución es la propuesta por la doctrina italiana que parte de la constatación de la inexistencia de una obligación extracontractual para el franquiciado de readquirir tales bienes; el

⁶⁵⁹ Tales compras habrían sido hechas sobre condición resolutoria, haciendo una interpretación del contrato por vía hermenéutica a la luz del principio de buena fe. Como consecuencia, la cesación del contrato de distribución *lato sensu* sería la circunstancia que determinaría la resolución de dicha compra, con la obligación de tener cada parte que restituir lo que recibió. Construcción defendida como posible en el país vecino de Portugal por Pinto Monteiro, A., *Contratos de Distribuição Comercial, op.cit.*, p. 172.

⁶⁶⁰ El suministro de bienes que acompaña en ocasiones a la franquicia se configura, de este modo, como un elemento determinante de la readquisición de los mismos por el franquiciador, de forma que su ausencia hace desaparecer su obligación para éste. El acuerdo puede establecer que esta obligación se limite a aquellos bienes que pertenecen al "*packaging*" original, o bien, al contrario, expresamente ampliarla a todo stock en poder del distribuidor y aún no vendido, evitando así su liquidación en el mercado a precios muy por debajo de su coste. *Vid.* Lohmann, U. "Germany", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 316 y s. Sin embargo su límite no es preciso y así, más allá, incluso se afirma la extensión del deber de tal recompra por el franquiciador a aquellas mercancías que no integran la cuota de obligada compra impuesta al franquiciado, calculada al precio del mercado. La diferencia práctica estribaría en que, en el primer caso, el franquiciador asume el riesgo de la minusvaloración de las mercancías, mientras que en este segundo caso, pesa sobre el franquiciado. Esta posición, minoritaria en la doctrina alemana, es defendida por Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen, op.cit.*, pp. 120-124 y 136 y s..

planteamiento debe dirigirse entonces a ver si el sistema permite que, respetando la voluntad del franquiciador de no continuar con el negocio jurídico, consienta al franquiciado vender tales mercaderías en el mercado⁶⁶¹.

Estos autores entienden que sí es posible autorizar al franquiciado a vender los bienes hasta que se agoten o dentro de un cierto periodo, naturalmente sirviéndose durante este periodo de los signos distintivos del franquiciador⁶⁶². Dos advertencias sobre el particular: 1. La primera, que por stock a estos efectos hay que entender comprendidos sólo los bienes producidos, o adquiridos del franquiciador antes del fin del contrato, y 2. Que respecto de aquellos considerados "esenciales" siempre resta posible la recompra de los mismos por éste que, obviamente, podrá revender más tarde al nuevo franquiciado.

Para la *Cour de cassation* francesa, la readquisición del stock sobrante es una cuestión de hecho y no de derecho, de forma que resta a la apreciación soberana del juez *a quo* que, convenientemente, podrá tener en cuenta las circunstancias en que se produjo la ruptura⁶⁶³.

⁶⁶¹ Mezran, K., *Il contratto di Franchising, op.cit.*, p. 190 y s., o en Frignani, A. *Il contratto di franchising, op. cit.*, p. 190 y s.

⁶⁶² La doctrina suiza también entiende que esta obligación del franquiciador se deriva del principio de buena fe si el franquiciado está sometido a una prohibición postcontractual de no-competencia que le impide vender tales mercancías sobrantes. En otro caso, salvo pacto en contrario, no cabe estimar tal obligación de recompra. Incluso frente a la ruptura del contrato por una causa lesiva imputable al franquiciador, se defiende la reclamación de indemnización por los daños ocasionados por la pérdida de ganancia estimada sobre tales bienes, pero no la obligación de su readquisición. *vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, p. 456 y s.

⁶⁶³ *Vid.* sentencias citadas y comentadas en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000, op.cit.*, p. 117 y ss.

Más allá de estas apreciaciones y de las conjeturas suscitadas, en cualquier caso, y centrándonos en España, el stock de mercancías del concedente es un elemento que configura la probable indemnización de daños y perjuicios por resolución considerada abusiva, *ad nutum* o simplemente si es de duración determinada *ante tempus*, siempre que el daño quede demostrado y sea consecuencia directa de la terminación intempestiva del contrato como en el caso, por ejemplo, de que tales mercancías hayan perdido su valor por haber impedido su salida al mercado el concedente o que las compras fuesen inducidas por el franquiciador poco tiempo antes de extinguir el contrato⁶⁶⁴, salvo alguna excepción que adopta una solución semejante a la francesa⁶⁶⁵. Fuera de este caso, nuestra jurisprudencia entiende que no existe tal obligación para el franquiciador, salvo si se ha pactado con el franquiciado⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Alfaro Águila-Real, J. "Franchising" (Voz), *op.cit.*, pp. 3156 y s. Este es el caso, asimismo, expuesto en el Fto. Dcho. 6º SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *op.cit.*, p. 131. Igualmente en la SAP Barcelona de 13 febrero 2004, -JUR 2004/92693-, si bien en este caso el Tribunal establece una cantidad por material recomprado al actor por la demandada no por minusvaloración del precio del producto, telefonía móvil, sino por resolución injustificada del franquiciador basada en un incumplimiento contractual no acreditado.

⁶⁶⁵ Con referencia a la obligación de recompra por el concedente de los stocks en el supuesto resolución unilateral injustificada por causa a él imputable, entendiéndose que de otro modo es potestativo; *vid.* SAP Madrid núm. 582/2004, de 16 de septiembre -AC 2004/2113-.

⁶⁶⁶ La adquisición en forma de la mercancía objeto del negocio por el franquiciado, comporta que desde dicho momento éste la asume en propiedad, por lo que en caso de resolución del contrato de franquicia, el franquiciado habrá de devolver al franquiciador sólo los materiales publicitarios de la marca suministrados. La recogida de stocks tendrá que ser objeto de nuevos pactos en la correspondiente liquidación, según la SAP Murcia núm. 399/2000, de 1 de julio, -JUR 2001/15182-. Esta situación también ha sido descrita con el mismo alcance respecto del contrato de concesión por García Herrera, A. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 3.986)", *op.cit.*, p. 366.

A.2. La prohibición de competencia postcontractual y sus consecuencias en la actividad del franquiciado.

La cláusula de no-concurrencia, sin ser un elemento esencial del contrato, tiene una importancia capital en los contratos de franquicia: asegura al franquiciado que sólo él distribuye el producto en la zona asignada, y garantiza al franquiciador que aquél dedicará todos sus esfuerzos a la promoción de su producto, equilibrando así la posición de ambas partes y reforzando, también, la confidencialidad de la información y del know-how que transmiten los contratantes⁶⁶⁷.

La normativa que de forma específica determina su alcance y admisibilidad es la propia de la defensa de la competencia, al caso, el Reg. 2790/1999 de 22 de diciembre, reglamento de exención de los acuerdos verticales y, respecto de aquellos acuerdos de franquicia que afecten únicamente al mercado nacional, viene determinada por la Ley de defensa de la competencia⁶⁶⁸, que en virtud de lo establecido en el art. 5, ha sido desarrollado reglamentariamente respecto de las categorías exentas en el R.D.

⁶⁶⁷ Cláusula de no-competencia admitida y avalada por la jurisprudencia; así, SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-, *cit.*, la SAP Navarra núm. 260/1999, de 11 noviembre -AC 1999/2446-, *cit.* la SAP Valencia núm. 390/2000, de 28 de abril -AC 2000/1193-, *cit.* y la SAP Murcia núm. 199/2000, de 8 de mayo, -JUR 2000/201552-, *cit.* Ésta última, por su parte, la reconoce frente a un incumplimiento del franquiciador, condenado por este motivo al pago de una indemnización de daños y perjuicios concretados en el lucro cesante por los beneficios dejados de obtener durante el tiempo de incumplimiento acreditado.

⁶⁶⁸ Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE de 18 de julio, núm. 170); modificada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre, núm. 311) que reformas sus normas reguladoras, y por Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas (BOE de 22 de febrero, núm. 46). A su vez, desarrollada por el RD. 157/92, *cit. infra*, y por el RD. 1443/2001 de 21 de diciembre, en lo referente al control de las concentraciones económicas (BOE de 18 de enero de 2002, núm. 16).

378/2003, de 28 de marzo⁶⁶⁹, que deroga el Real Decreto 157/1992⁶⁷⁰;⁶⁷¹.

Si pervive la relación obligatoria entre las partes, está amparado por el Reglamento de exención de categorías la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia⁶⁷², ni de adquirir

⁶⁶⁹ R.D. 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. (BOE núm. 90, de 15 de abril).

⁶⁷⁰ Art. 1.1. e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, de desarrollo de la Ley 16/1989, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia (BOE de 29 de febrero).

⁶⁷¹ Su art. 1e) establecía que los acuerdos de franquicia que afectaran únicamente al mercado nacional y cumplieran las disposiciones establecidas en el Reg. 4087/88 estarían exentos y, por lo tanto, serían válidos desde el punto de vista nacional. Resultaba paradójico que desde la entrada en vigor de la vigente normativa comunitaria hasta la entrada en vigor del actual Real Decreto 378/2003, la adecuación de los acuerdos de franquicia a las disposiciones de defensa de la competencia quedaba referida a una norma vacía de contenido dada la inflexibilidad para adaptarse a las modificaciones legislativas comunitarias del RD 157/1992. Sobre el particular, *vid.* Ruiz de Villa Jubany, J. "El contrato de franquicia y las autorizaciones singulares del TDC núm. 133 y 301", www.togas.biz/togas16/manubens.htm

⁶⁷² Apto. 44 f) de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Obligación de no-competencia que continúa con lo ya establecido al respecto en el art. 2 d) y art. 3 c) del derogado Reg. 4087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del aptdo. 1 del art. 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (DOCE N° L 359/46, de 28 de diciembre de 1988), y cuya observancia por nuestros tribunales ha supuesto la nulidad parcial del contrato, reformulando la cláusula en la que ésta se contenía en adaptación al tenor comunitario (*vid.* SAP Asturias núm. 220/2003, de 4 de junio, -AC2003/1988-, *cit.*). Esta restricción de la competencia durante el contrato y hasta un año posterior a su extinción, son consecuencia del caso Pronuptia [STJCE núm. 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, de 28 de enero de 1986], y ha sido largamente comentado por la doctrina. *Vid.*, entre otros, Botija Beltrán, M.A. "Los contratos de franquicia de servicios en consideración con el Derecho de competencia y el de consumidores y usuarios", *Noticias C.E.E.*, p. 49-52. Burst, Jean-Jaques y Kovar, Robert. "La mariee est en

intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que confiera al franquiciado la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa⁶⁷³. Si bien tal limitación durante la vigencia del contrato parece limitarse a cinco años, una interpretación más exhaustiva de la normativa comunitaria extiende dicha temporalidad durante la vigencia del contrato⁶⁷⁴.

blanc", *Gazette du Palais*, 1er. sem. 1986, p. 392-398; Clement, J.-P. y Boutard-Labarde, M. Ch. "La franchise et le Droit europeen de la concurrence", *Gazette du Palais*, 1º sem. 1986, p. 228-233; Dargallo Nieto, M. "Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario" *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, p. 199 ss.; Fernández-Lerga Garralda, C. "Los contratos de franquicia", en *Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España*, Elcano: Aranzadi, 1995; Korah, V. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, *op.cit.*; Laurent, Ph. "La légitimité communautaire de la franchise", *Gazette du Palais*, 1er. sem. 1986, p. 172-173; Ruiz Peris, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, *op.cit.*; Schaub, S. "Die EG-kartellrechtliche Beurteilung von Franchising Verträgen nach dem Propuntpia-Urteil des EuGH und dem Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission", reseña de la intervención realizada el 28 de sept. 1987, con ocasión del "Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, nº 12, 1987, p. 885-886; Schultz-Schaefer, D. "Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung", *op.cit.*, 1989, p. 515-521; Skaupy, W. "Die rechtlichen Probleme des Franchising", *op.cit.*, p. 676; Thieffry, P. "La franchise. La confiance et la raison", *Gazette du Palais*, 2º sem. 1986, p. 562-565; Tobío Ribas, A. M^a. "El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la decisión de la comisión de 13 de julio de 1987 en el caso "Computerland"", *op.cit.*, p. 217 ss.; Winkler, R. "Franchise-Vereinbarungen im neuen Wettbewerbsrecht der EG", reseña de su intervención el 21 de septiembre de 1988 en "Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, nº 12, 1988, p. 894 y s.

⁶⁷³ Apto. 44 b) de las Directrices relativas a las restricciones verticales y art. 3 d) del derogado Reg. 4087/88.

⁶⁷⁴ Siempre que se den las siguientes condiciones: a) que las citadas cláusulas tengan como finalidad la protección de la identidad y reputación común de la red franquiciada y de los derechos de propiedad intelectual cedidos al franquiciado de forma no exclusiva; b) que la cesión de los citados derechos de propiedad intelectual, objeto de protección, no constituyan la esencia del contrato, sino que dicha cesión tenga por fin el permitir y apoyar el fin principal pretendido,

La razón de que se permita prohibir contractualmente al franquiciado la toma de participación en empresas competidoras es impedir que a través de estas inversiones y de la independencia jurídico formal del inversor franquiciado y de la sociedad competidora en la que invierta, se burle de la prohibición de competencia, necesaria para la protección del know-how del franquiciador, durante la vigencia del contrato⁶⁷⁵.

Tras la cesación del negocio, tal restricción queda limitada a un periodo de un año tras la expiración del mismo⁶⁷⁶, queda referida al territorio donde el franquiciado haya operado⁶⁷⁷, y siempre que la cláusula sea indispensable para proteger el know

consistente en la venta o reventa de productos o servicios; c) que el franquiciador no ocupe una posición dominante, esto es, que no esté situada su cuota de mercado por encima del umbral máximo del 30% y, d) que la extensión temporal de la cláusula no exceda de la duración del contrato. Interpretación de los arts. 1 y 5 del Reg. 2790/1999 a la luz de una lectura conjunta de los puntos 42 a 44, así como de los números 199 a 201 de la Comunicación de la Comisión que indica las Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01). Véase el análisis de este punto desarrollado en Domínguez, J. "Las cláusulas de no-competencia a la luz de la nueva reglamentación comunitaria", *op.cit.*, pp. 93 y ss.

⁶⁷⁵ Ruiz Peris, J.I. "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *op.cit.*, p. 11274.

⁶⁷⁶ El Derecho alemán también distingue la prohibición de competencia durante la vigencia del contrato, de aquella que cabe tras su finalización (arts. 90 y 90 a.1. HGB aplicables en directa relación al contrato de agencia, y por extensión al resto de contratos de distribución). En el primer caso no se exige ningún tipo de acuerdo expreso para estimar su aplicación, mientras que en el segundo se exige tal forma escrita y, además, viene limitado en el tiempo a un máximo de dos años y es indemnizable.

⁶⁷⁷ La dicción literal del art. 5.b) del Reg. 2790/1999 habla de "local y terrenos", en una referencia que parece quedar referida a "territorio". Tal opción ha sido rechazada por J. Domínguez al entender que el know-how queda protegido de forma indefinida si, bajo el amparo del art. 5 del citado Reglamento, se incluye una cláusula que restrinja de forma ilimitada en el tiempo el uso de conocimientos técnicos que no sean de dominio público; *vid.* Domínguez, J. "Las cláusulas de no-competencia a la luz de la nueva reglamentación comunitaria", *op.cit.*, p. 96.

how transferido al franquiciado⁶⁷⁸, sin que su validez postcontractual se vea perjudicada aún el caso de incumplimiento del franquiciador⁶⁷⁹. Dicha restricción de competencia queda justificada en los aptdos. 116 y 117 de las Directrices relativas a las restricciones verticales en función del objetivo logrado: con estas condiciones resulta probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados y que ello pueda compensar los efectos negativos.

En términos generales, la política propugnada por la normativa comunitaria citada pretende apoyar las restricciones verticales de duración limitada que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. Dentro de este último campo se encuentra el contrato de franquicia. Efectivamente, éste se incardina en lo que la Directriz denomina "problema de la cautividad". En su virtud, el franquiciado debe realizar inversiones destinadas específicamente a los clientes (lo que comporta que no pueda ser utilizada por el franquiciado tras la expiración del contrato para adquirir o usar productos suministrados por otros proveedores y que no puede venderse si no es con pérdidas significativas), y debe protegerse al franquiciador frente al riesgo que se invierta en una cuantía inferior a la necesaria para la viabilidad del negocio. A su vez, el problema de la cautividad adquiere perfiles propios en el caso de la transferencia de conocimientos técnicos sustanciales y que justifica una restricción del tipo de no-competencia.

⁶⁷⁸ Rocafull, J. y García, F. "¿Ha adaptado el contrato al nuevo Reglamento europeo?", *op.cit.*, pp. 209 y s.

⁶⁷⁹ Ruiz de Villa Jubany, J., "La validez de la cláusula de no-competencia en los contratos de franquicia", www.togas.biz/togas39/manubens.htm, p. 1.

En cualquier caso, esta obligación se entiende sin perjuicio de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público⁶⁸⁰.

Esta prohibición de competencia postcontractual ha sido en algún caso objeto de controversia judicial, en cuanto que posible fundamento de indemnización al franquiciado⁶⁸¹. Nosotros no consideramos ajustada tal pretensión, como en algún caso ha argumentado nuestra jurisprudencia, por considerar adecuada tal prohibición pactada tanto al margen establecido de la autonomía de la voluntad de las partes, según el art. 1258 C.c., como por

⁶⁸⁰ Art. 5.c. Reg. 2790/1999 y Apartado 44 c) de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Disposiciones en perfecta continuidad con lo dispuesto en el Reg. 4087/88. *Vid.* Fritzmeier, W. "Auswirkungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung auf die Gestaltung von Franchiseverträgen", *Betriebs-Berater*, núm. 33, 2002, pp. 1658-1665, y espec. pp. 1663 y s. Esta prohibición concerniente a los secretos de empresa, que pervive a la cesación del negocio sin límite establecido, también se recoge con análogo alcance para los agentes en el art. 90 HGB. Disposición que la doctrina entiende aplicable a los concesionarios, distribuidores y a la franquicia de "subordinación"; *vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, *op.cit.*, p. 166-168.

⁶⁸¹ Éste es el caso en el Derecho suizo, donde el agente tiene reconocido tal indemnización postcontractual en virtud de una aplicación analógica de las disposiciones sobre el contrato de trabajo (art. 418 d. 2 del *Code des obligations suisse*, *cit.*); indemnización acumulable, por otra parte, a la que corresponde en su caso por clientela. Su virtualidad respecto de la franquicia ha sido por algún autor defendida, *vid.* (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en Droit suisse*, p. 139 y s.; y rechazada por entender su excepcionalidad no transportable a este contrato, *vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, p. 456. Si bien, este mismo autor acepta en el caso de rechazo de tal concepto indemnizatorio la valoración de esta circunstancia para admitir el derecho a una indemnización por clientela al franquiciado cuyo negocio ha sido impelido a abandonar, cediendo una clientela que le es propia, Cherpillod, I., *op.cit.*, *pág. cit.*

integrar el contenido típico del contrato de franquicia, además de su admisibilidad por la normativa comunitaria de referencia⁶⁸².

En cualquier caso, más allá de su cobertura legal, su justificación dependerá de que sea necesaria para proteger los conocimientos técnicos, de forma que cuanto más tenues sean éstos, menos justificada está la imposición de esta restricción.

A.3. La devolución "proporcional" del canon de entrada

En diversas ocasiones los tribunales han fallado acerca de la devolución parcial del canon de entrada⁶⁸³, admitiendo en alguna ocasión el extorno total⁶⁸⁴. El razonamiento subyacente en este planteamiento se encuentra en el fin último que justifica su propia existencia. Así, el motivo de este pago inicial es dual: de un lado, en contraprestación por los gastos soportados por la franquiciadora en la constitución y promoción de la red franquicia y, particularmente, por las gestiones conducentes a la concreta relación comercial con el franquiciado; del otro, por el desplazamiento del know-how y por la cesión o concesión de uso

⁶⁸² La franquiciada fundamentaba su pretensión en la LCA, que estimaba aplicable analógicamente en cuanto que la franquicia, junto a los contratos de agencia, distribución y concesión se encuentran dentro de los contratos de colaboración entre empresarios. Tal pretensión es inadmisibile, habida cuenta de la cobertura para dicha estipulación en la normativa comunitaria de defensa de la competencia, así como en el art. 20 LCA, de dudosa aplicación, por otra parte. *Vid.* SAP Valencia núm. 390/2000, de 28 de abril -AC 2000/1193-

⁶⁸³ Es destacable que es una constante de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona no contrariada en otras sedes donde, por otra parte, apenas encontramos eco, la cual, en aquellos casos donde se resolvió antes del tiempo previsto en el contrato, siempre de duración determinada, ha fallado su devolución por el tiempo proporcional que corresponde al canon "no consumido". Los casos correspondientes los iremos señalando en las notas a pie siguientes.

⁶⁸⁴ A pesar de haber transcurrido un tiempo de ejecución real y efectiva del contrato, la SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-, *cit.*, falló su devolución total. Seguramente, en su decisión pesó el incumplimiento del franquiciador.

de las marcas y signos distintivos de la red, así como por la prestación continuada de asistencia técnica, calculado todo ello en función de un número de años de posesión pacífica por el franquiciado.

De esta forma, se reembolsan gastos ya justificados desde la misma celebración del contrato pero, al mismo tiempo, y junto a esta finalidad ya justificada⁶⁸⁵, cabe reconocer determinadas obligaciones “duraderas”, en cuanto que la conducta de prestación del deudor, al caso el franquiciador, exige un comportamiento uniforme y continuado, como es el caso de las prestaciones de trabajo, de servicios o de gestión.

Como consecuencia, en el juicio sobre si cabe resarcimiento por este motivo, debe examinarse si las prestaciones han sido útiles para ambas partes o sin han permitido cumplir las finalidades previstas por ellas en el negocio e, igualmente, si ya se han agotado o consumido⁶⁸⁶, pues, en caso contrario parece razonable estimar que una terminación *ante tempus* comporta el pago por una cesión de derechos y servicios que no se van a prestar.

La devolución del canon en un contexto liquidatorio ha sido reconocido, por ejemplo, cuando se resolvió en el plazo de prueba inicial establecido en el contrato⁶⁸⁷, o como consecuencia de una

⁶⁸⁵ Planteado este concepto resarcitorio en la SAP Barcelona, de 18 diciembre 2002, -JUR 2003/107522-, *cit.*, se acoge exclusivamente este elemento del canon de entrada por el juez de primera instancia que hacen de él un elemento que no admite reembolso y es admitido como tal por la segunda instancia. Sin embargo, y en atención a las prestaciones duraderas aún no ejecutadas, sí se admite tal devolución.

⁶⁸⁶ Fto. Dcho. 7º de la SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*.

⁶⁸⁷ El periodo de prueba faculta para resolver el contrato con independencia de la existencia o no de justa causa, sin que de ello se deriven consecuencias indemnizatorias. Ahora bien, el extorno del canon de entrada pagado no tiene esta consideración, sino de mera devolución del pago por adelantado efectuado

resolución *ante tempus* por mutuo disenso⁶⁸⁸. Pero también en el supuesto de incumplimiento recíproco⁶⁸⁹.

El problema radica, evidentemente, en determinar qué parte del canon de entrada ha posido ser consumido durante el tiempo en que duró la relación contractual, cuestión especialmente procelosa si la relación ha sido prevista, ya sea *ab initio* o en virtud de prórrogas sucesivas del contrato, como un contrato de duración indefinida. En algún fallo judicial encontramos una respuesta directa a esta cuestión y así, en dicho cálculo, se estimó que al menos un 50% del canon vienen destinado al know-how que la franquiciadora entrega al franquiciado, necesario para el inicio de la actividad propia del negocio, por lo que se ha de entender consumado si se inició la relación. El otro 50% comprende entonces la cesión del uso de explotación de las marcas y signos distintivos y la asistencia técnica y comercial⁶⁹⁰.

Por último, señalar que, en sentido recíproco al extorno de las cantidades aportadas y "no consumidas" del canon de entrada por el franquiciador al franquiciado, este último ha sido condenado

por la cesión de derechos y servicios que no se van a prestar. El concepto esta claro; el problema restará en determinar el porcentaje que ha sido consumido o agotado durante el tiempo que duró la relación contractual. *Vid.* SAP Barcelona, de 9 de septiembre 2002, -AC 2002/1728-, *cit.*

⁶⁸⁸ SAP Barcelona, de 15 de abril de 2002, -JUR 2002/183925-.

⁶⁸⁹ *Vid.* el razonamiento aportado en el Fto. Dcho. 5º de la SAP Barcelona, de 11 de marzo 2002, -JUR 2002/150731-, en la que, aún admitiendo la parte proporcional de culpa en la resolución imputable al franquiciado, no repercute la responsabilidad que de ello podría derivarse en el concepto liquidatorio de la devolución del canon. En la SAP Barcelona, de 16 de abril 2004 -JUR 2004/152123-, incluso cuando la no devolución del canon estaba pactada para el caso de incumplimiento del franquiciador, el tribunal estimó ponderar dicha cláusula penal en función de las circunstancias particulares concurrentes y de la función "cumplida" del canon. Por el contrario, la SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-, *cit.*, donde sí parece imputar tal responsabilidad.

⁶⁹⁰ SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-.

en sede judicial extranjera a pagar a aquél los royalties debidos hasta el final del periodo de contratación previsto además de la indemnización de daños y perjuicios procedente, al resolver sin respetar preaviso alguno⁶⁹¹. A pesar de la analogía señalada entre el pago del canon no consumido y el de los royalties cuyo derecho ha sido generado pero cuyo pago ha sido frustrado por la ausencia del preaviso debido, en este último caso la cancelación a la que es compelido el franquiciado, encuentra mejor acomodo en un concepto resarcitorio como lucro cesante que como liquidación del negocio.

B. PROCEDENCIA DE LAS INDEMNIZACIONES COMPLEMENTARIAS AL FRANQUICIADO CON MOTIVO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

Sea cual fuere la duración del contrato, la finalización del mismo por transcurso del término pactado o el de sus prórrogas, no da derecho, salvo pacto expreso al efecto, a indemnización alguna por no existir norma imperativa que lo establezca, de forma análoga a lo que ocurre con el contrato de distribución⁶⁹². Los

⁶⁹¹ Éste ha sido el caso en Sentencia Cour d'appel de Paris, de 18 diciembre 1993, citada en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000, op.cit.*, p. 114.

⁶⁹² Existe en el ámbito del Derecho comparado un vacío legal en la materia que no permite afirmar la existencia de mecanismo indemnizatorio para el contrato de distribución si no existe pacto al efecto de las partes. De esta forma, el franquiciado no tendrá derecho a indemnización en los supuestos genéricos: en caso de que la resolución sea por expiración del tiempo convenido observando eventualmente un preaviso denunciando la cláusula de reconducción tácita si está prevista y; en caso de ruptura tras la observación de un preaviso suficiente en la hipótesis de un contrato de duración indeterminada; *vid.* Bessis, Ph. *Le contrat de franchisage, op.cit.*, 1990, p. 108 y s. Excepción de lo dicho es la Ley belga de 27 de julio de 1961, modificada por ley de 13 de abril de 1971, que prevé una indemnización a determinar por las partes en el momento de renuncia del contrato, salvo en el caso de falta grave (art. 2), y de una indemnización equitativa complementaria si el contrato es resuelto por el concedente por motivos diversos de la culpa grave del concesionario o si éste último pone término al contrato por culpa grave del concedente (art. 3). Guardiola

razonamientos favorables a su estimación deberán construirse como criterios excepcionales, en cuanto que escapan a la aplicación de la norma general, y para cuya valoración utilizaremos criterios interpretativos adoptados respecto de los contratos de distribución en sentido estricto, especialmente en sede judicial, y en las soluciones recogidas en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

B.1. Breve excursio acerca de la evolución de la indemnización postcontractual respecto del contrato de agencia en el Derecho europeo comparado en cuanto que antecedente de referencia respecto de los contratos de distribución.

Con relación al contrato de franquicia no encontramos normativa europea que haya regulado dicha cuestión, sirviéndonos únicamente como antecedente de referencia la evolución de la normativa europea respecto del contrato de agencia. No vamos a entrar a valorar aquí la idoneidad de una asimilación conceptual de ambos contratos, de lo que ya nos hemos ocupado, ni tampoco si la solución respecto de este último en el Derecho español o comparado de referencia es la idónea respecto de la franquicia, lo que iremos viendo en los siguientes apartados. Nuestro objetivo es meramente descriptivo de una situación cuyo proceso puede ilustrar nuestro propósito: determinar las indemnizaciones procedentes tras la extinción del contrato de franquicia.

A la hora de arbitrar algún tipo de indemnización postcontractual se ha seguido en el Derecho comparado europeo

Sacarrera, Enrique, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, *op.cit.*, p. 265 en relación a la p. 129 n.p. 106.

dos tipos de soluciones: la compensación por clientela y el resarcimiento de perjuicios⁶⁹³.

La compensación por clientela fue preconizada por la LCA de 24 junio de 1921 en Austria, así como por el Código de Obligaciones de Suiza (Ley de 4 de febrero de 1949)⁶⁹⁴ y, fundamentalmente, por su repercusión, por el HGB alemán (al modificarse por Ley de 6 de agosto de 1953)⁶⁹⁵.

Esta solución fue adoptada por el Convenio Benelux sobre el Contrato de Agencia, firmado en La Haya el 26 de noviembre de 1973, y por el Código de Comercio holandés (Ley de 23 de marzo de 1977): "Al término del contrato de agencia, el agente que con su actividad haya creado o desarrollado una clientela y que, de este modo, haya conferido una plusvalía notable a la empresa del

⁶⁹³ Vid. Vélaz Negueruela, J.L. *Las redes comerciales. Tipología, eficiencia e indemnizaciones de los canales de distribución*, Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 141 y ss. Vid. asimismo el Fto. Dcho. 4º de la SAP Castellón núm. 158/1999 de 10 de mayo -AC 1999/6643-.

⁶⁹⁴ En concreto, en el art. 418u OR (*Obligationenrecht*), cuya aplicación analógica al contrato de franquicia es preconizada por Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, op.cit., pp. 330 y ss.; vid., también Baudenbacher, C. "Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht", en E.A. Kramer (coord.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berna: Paul Haupt Bern, 1992, p. 382 y s.

⁶⁹⁵ En virtud del art. 89 b HGB, que da expresión legal a la "*Vergütungstheorie*", que establece una compensación por el trabajo efectuado pero no compensado (*Lohnanspruch*) al agente. Es una indemnización que considera sólo el "Goodwill", del que la principal se ha beneficiado sin resarcir al agente. De forma general cabe afirmar que la indemnización refleja el valor neto actual que la "lista de clientes" del agente representa para el principal, en expresión de Lohmann, U. "Germany", op.cit., pp. 300 y s. Fuera de su ámbito queda la reparación indemnizatoria que correspondería por la amortización no cubierta de las inversiones efectuadas siguiendo las instrucciones del principal, que se derivaría en su caso de la obligación de cumplir las obligaciones cuya ejecución se debe acordar con los principios de buena fe y confianza según el 242 BGB. Vid. Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, op.cit., p. 158 y ss.

principal, tendrá derecho a una indemnización adecuada, a no ser que ello resultase contrario a la equidad. El importe de la indemnización no podrá sobrepasar una cifra equivalente a la remuneración anual calculada sobre la base de las medias de los últimos cinco años...”.

Frente a la solución adoptada por las legislaciones de raigambre germánica, el Derecho francés ha venido siguiendo otra política legislativa. En Francia, también en Bélgica, tradicionalmente, el contrato de agencia se concibe como un contrato de mandato celebrado en interés común de ambas partes, de lo que, como consecuencia, caso de denuncia del contrato por el mandante sin causa, se han de resarcir los perjuicios sufridos por el mandatario: pérdida del valor de la cartera, perjuicio material, comercial, personal, moral, por denuncia intempestiva, por ruptura abusiva...

Ahora bien, este planteamiento inicial ha ido perfilándose de tal manera que se ha ido aproximando a las directrices de inspiración germánica, toda vez que siendo reconocidos los criterios apuntadas para el resarcimiento demasiado vagos y difusos, se ha ido adoptando el criterio más concreto y preciso de la indemnización por la pérdida de clientela: así, se ha consolidado en estos Estados un uso jurisprudencial prácticamente invariable según el cual se fija el montante de la indemnización en dos anualidades de comisiones brutas, calculadas sobre la base de los tres últimos años, salvo que el contrato haya tenido una duración inferior a cinco años, siendo entonces la indemnización cifrada en la remuneración de tres meses.

La Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, cuando regula la indemnización por extinción del contrato de agencia, concede la posibilidad de opción entre el modelo alemán de indemnización por clientela y el modelo francés de reparación del

perjuicio, y establece un límite máximo para cuantificar la indemnización: de acuerdo con el Dictamen del Comité Económico y Social del 24 de noviembre de 1977 y la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 1978, la Directiva, en su art. 17.2b), dispone que la indemnización no podrá, en ningún caso, sobrepasar el equivalente a una retribución anual, calculada sobre la base de las remuneraciones percibidas en los últimos cinco años, o el tiempo de duración del contrato, si fuese inferior a dicho período.

De los Estados que han adoptado la Directiva, sólo Francia ha acogido exclusivamente la fórmula del resarcimiento del perjuicio. Todos los demás se han orientado según el patrón alemán con el límite máximo indicado por la Directiva. La Ley española, la 12/1992, de 27 de mayo, se adscribe a la corriente mayoritaria.

B.2. Indemnización por clientela.

A. VALORACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA.

La oportunidad de reconocer algún tipo de indemnización con causa en la terminación del contrato de franquicia no vinculada al derecho de daños debe razonarse respecto de cada uno de los motivos generadores de este tipo de compensación, sobre la base de los criterios, especialmente en sede judicial aportados, respecto de los contratos de distribución cuando éstos sean transportables a la franquicia.

a.1. Planteamiento de la cuestión y discurso inicial de la jurisprudencia española.

No se encuentra en la jurisprudencia del contrato de franquicia un apoyo expreso que defina la procedencia o improcedencia de tal indemnización⁶⁹⁶, cuestión cuya fundamentación parte de la teoría del enriquecimiento injusto⁶⁹⁷, según hemos visto largamente *supra*, y en cierta analogía del fenómeno extintivo en otros contratos de colaboración, como es el caso del de comisión y del de agencia⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ No en la española, como tampoco en otros sistemas jurídicos de tradición latina análogos al nuestro como Italia, *vid.* Frignani, A. *Il contratto di franchising, op. cit.*, p. 191. Si bien, siendo absolutamente precisos, existe una sentencia que se ha pronunciado sobre el particular, admitiendo dicha indemnización por clientela, y que comentaremos *infra*. *Vid.* la SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-, en su Fto. Dcho. 7º.

⁶⁹⁷ Como explicita la SAP Asturias núm. 674/2003, de 25 de noviembre, -JUR 2004/66522-, "el derecho a la indemnización por clientela se justifica en la prescripción del enriquecimiento injusto y el desconocimiento que supondría del mismo sino se ponderase el aprovechamiento que el concedente obtendría, desligado del contrato de concesión, del trabajo desarrollado por el distribuidor". *Vid.* también la STS de 3 de octubre de 2002, -RJ 2002/9789-.

⁶⁹⁸ Tal posibilidad de extensión analógica ha sido objeto de una notable disparidad de criterios en nuestra doctrina, según iremos desglosando. En cualquier caso, siempre ha de entenderse que tal aplicación de la normativa de la agencia habría de ser limitada en función de la concreta identidad referida a la extinción del contrato, que no extrapolable a todo su contenido, de forma semejante a la aplicación admitida por nuestra jurisprudencia respecto de la franquicia con relación a la normativa sobre la compraventa "...pues una cosa es la equiparación del contrato de franquicia al de compraventa mercantil -que no es posible- y, otra, el que se recurra a las normas reguladoras del contrato de compraventa mercantil para la regulación subsidiaria del contrato atípico de franquicia", *vid.* STS, de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-, y negada por Aurora Hernando. Para la mencionada autora, no cabe tal aplicación del art. 28 LCA, dado que no se contempla una suficiente semejanza tipológica que resulte válida para la búsqueda del régimen jurídico del contrato de franquicia; *vid.* Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, p. 473. En cualquier caso, con independencia del discurso acerca de la posibilidad de extensión analógica o no del art. 28 LCA al contrato de franquicia, el fundamento de tal indemnización que la justifica respecto de la agencia es útil y

En el contrato de agencia, donde sin ambages ésta es reconocida y amparada por la ley, el eje de la concesión de la indemnización no se basa en la responsabilidad por resolución unilateral del contrato⁶⁹⁹, sino en el aprovechamiento subsiguiente por parte del empresario principal, mandante, comitente, distribuidor, etc. de la captación de clientela realizada por el agente, y cuando reconocida, también del comisionista o distribuidor (activo común de ambos contratantes), de lo que éste no puede lucrarse⁷⁰⁰. Si el franquiciado ha cumplido satisfactoriamente sus expectativas, el negocio que ha construido,

valorable en la discusión acerca de su oportunidad respecto de la franquicia, habida cuenta que la jurisprudencia reiterada del TS ya reconocía con anterioridad a la LCA la indemnización por clientela (SSTS 22-3-1988 -RJ 1988/2224-, de 25 enero 1996 -RJ 1996/319-, y de 14 febrero 1997 -RJ1997/1418-, entre otras).

⁶⁹⁹ La indemnización por clientela no debe entenderse en clave del resarcimiento de daños, sino de remunerar la propia actividad del agente procedente en las operaciones concluidas con posterioridad a su cese que estén en cierto modo vinculadas a su actuación, *vid.* la SAP Asturias núm. 270/1998 de 15 de mayo -AC 1998/5602-.

⁷⁰⁰ De acuerdo con el esquema establecido doctrinal y jurisprudencialmente como presupuestos de la pretensión de enriquecimiento injusto, que supone el enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del actor -en este caso ausencia del lucro que le correspondería como fruto de su trabajo-, relación de causa a efecto entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, la falta de causa justificativa del enriquecimiento e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. Díez-Picazo, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, op.cit.*, p. 99 y ss.; Puig Brutau, José "Obligaciones derivadas de un enriquecimiento injusto", *Fundamentos de Derecho Civil, op.cit.*, p. 59-70.. Cfr. La STS de 23 de marzo de 1992 -RJ 1992/2277-, la STS núm. 472/1993 de 19 de mayo -RJ 1993/3803-, la STS de 30 de septiembre de 1993 -RJ 1993/6754-, SAP Zaragoza núm. 518/1995, de 18 de octubre -AC 1995/1819-; SAP Granada núm. 626/1996 de 30 septiembre -AC 1996/1730-; SAP Vizcaya núm. 45371999, de 27 de septiembre -AC 1999/5777-

su valor subyacente, la fidelidad de los usuarios o clientes, tiene un valor por el que debe ser recompensado⁷⁰¹.

Sobre esta base, la jurisprudencia inició hace algunos años una tendencia a reconocer al distribuidor indemnizaciones inspiradas en los mismos principios que la "indemnización por clientela" prevista en la legislación comunitaria y posteriormente en la nacional para la terminación del contrato de agencia, aunque ello no autoriza, sin más, a admitir la aplicación subsidiaria a todos los contratos de distribución de las mismas reglas que al contrato de agencia, al no estar así previsto legalmente⁷⁰², tendencia que la jurisprudencia más reciente parece haber revertido en un sentido contrario a su estimación según veremos en las conclusiones de este apartado relativo a la admisibilidad de la indemnización por clientela.

A efectos de mostrar los diferentes planteamientos, necesariamente hemos de partir de las posturas adoptadas respecto de otros contratos de colaboración, especialmente en sede jurisprudencial, aplicando *mutatis mutandi* los razonamientos aportados⁷⁰³. Será útil igualmente la perspectiva del Derecho comparado con países con los que guardamos un sustrato jurídico común, particularmente de Francia, donde esta cuestión ha sido

⁷⁰¹ Planteamiento de la cuestión que es igualmente trasladable al ámbito de la franquicia internacional, particularmente respecto de las relaciones derivadas de la máster-franquicia; *vid. Unidroit, Guide to International Master Franchise Arrangements, op. cit.*, p. 186.

⁷⁰² Guardiola Sacarrera, E. *Contratos de colaboración en el comercio internacional, op.cit.*, p. 131 y s., espec. n.p. 110.

⁷⁰³ El tratamiento conjunto del régimen jurídico de la franquicia y de otros contratos de colaboración, especialmente en cuanto se refiere al ámbito comercial, cobra insistente fuerza en el ámbito legal y en otros ámbitos: así, la nueva regulación comunitaria del Derecho de la competencia, los regula conjuntamente bajo el epígrafe de acuerdos verticales; a su vez, en España, se prepara, precisamente en sede de la terminación del contrato, una regulación uniforme por la Comisión de Codificación de Derecho Mercantil.

debatida respecto de la franquicia con antelación, correspondiendo con la precedencia en este mercado del tipo de negocio que nos ocupa. La valoración de la procedencia de tal indemnización habrá de atender de forma especial a la efectiva transmisión o traspaso a este último de la posibilidad de disfrutar de la clientela adquirida por aquél en el curso del contrato. E, igualmente, debe estimarse el margen que se le atribuya a la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la posibilidad de conceder o denegar vía cláusula tal indemnización⁷⁰⁴.

Partiendo de que la clientela obtenida durante la vigencia del contrato no pertenece al colaborador ni al empresario principal, pero éste la aprovecha e integra en su fondo comercial como consecuencia directa de la extinción de la relación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido confirmando la procedencia de las indemnizaciones correspondientes en estos

⁷⁰⁴ La cuestión no está exenta de valoraciones tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Así, para Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa, op.cit.*, p. 455 y para Guardiola Sacarrera, E. *Contratos de colaboración en el comercio internacional, op.cit.*, p. 129, si el contrato ha previsto la cuestión indemnizatoria habrá que estar a lo que en él se disponga; en contra, respecto de un contrato de comisión, la SAP Valencia, núm. 530/1997 de 30 mayo -AC 1997/1145- acepta la indemnización, en el caso de daños y perjuicios, a pesar de la existencia de una cláusula contractual de renuncia de cualquier tipo de indemnización por vencimiento o resolución contractual. Entiende el Tribunal que no ha de aceptarse plenamente por: 1. porque se trata de un contrato de adhesión y el comisionista es la parte más débil -finalidad tuitiva-; 2. porque supone un desequilibrio que sólo puede ser corregido a través de la interpretación armónica de otras cláusulas. En contra también, la SAP Pontevedra núm. 182/1996, de 20 mayo -AC 1996/970-, que no acepta una cláusula del contrato excluyendo tal posibilidad de exclusión de la indemnización por clientela, ya que las cláusulas restrictivas de derechos han de interpretarse restrictivamente en aras de la buena fe y de la equidad en la interpretación del contenido del contrato. Continuando en el ámbito judicial, por el contrario, la SAP Gerona, núm. 353/2000 de 19 junio -AC 2000/3236- sí que admite como fundamento indemnizatorio -aquí de daños y perjuicios- la expresa previsión contractual, si bien en el supuesto no había lugar por existir previo

casos⁷⁰⁵. De esta forma, se posee un fondo de comercio en común al extinguirse el contrato, del que no se justifica que se beneficie sólo una parte. Esta idea matriz es fácilmente aceptable si se entiende que la finalidad del contrato es "generar clientela"⁷⁰⁶,

incumplimiento de la otra parte. Sirvan estos ejemplos como exposición de la ausencia de uniformidad del tema.

⁷⁰⁵ SSTs 22 marzo 1988 -RJ 1988/2224-, en relación a las anteriores de 11 febrero 1984 -RJ 1984/646- y 25 octubre 1985 -RJ 1985/4952-, y las de 17 marzo 1993 -RJ 1993/2289-, 27 mayo 1993, 25 enero 1996 -RJ 1996/319- y 14 febrero 1997

⁷⁰⁶ Como ha afirmado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, "*en el contrato de concesión o distribución y, desde luego, en el de agencia, el distribuidor, concesionario o agente realizan por definición una labor de captación de clientela. Y de dicha clientela se puede beneficiar el concedente a la extinción de la relación*", vid. SAP Barcelona de 30 octubre de 2001, RJC, núm. 1, 2002, pp. 124 y ss.; SAP Murcia, núm. 16/1997 de 25 de enero -AC 1997/127-. Vid. también la STS 17 marzo 1993 -RJ 1993/2289-, y STS 22 marzo 1988 -RJ 1988/2224-, la SAP Vizcaya núm. 217/2000, de 7 de marzo -AC 2000/1073-, la STS núm. 307/1998, de 4 abril -RJ 1998/2313- y la STS de 25 de octubre de 1985 -RJ 1985/4952-. Tal labor es especialmente visible en el contrato de agencia y en el de distribución mercantil al por mayor, y más aún si esta posee cláusula de exclusividad, donde el distribuidor ha de "trabajar" una zona en búsqueda de clientes, normalmente comerciantes, que le compren el productor del principal para revenderlo al consumidor final; éste es el caso de la SAP Asturias núm. 9/2004, de 15 de enero, -JUR 2004/52832-, donde el tribunal constata la facilidad de la medición, puesto que la demandada sabe a la finalización del contrato qué clientes tiene y si alguno de estos fue conseguido por el anterior distribuidor. Éste es el caso igualmente respecto del contrato de distribución en determinados campos, como es el caso de la telefonía móvil, donde la venta del producto sólo es coyuntural al verdadero objeto del negocio: la fidelización de la clientela al sistema del principal utilizando los servicios de la compañía de teléfonos por cualquier vía (contratos, tarjetas, paquetes complejos, etc.); así, el distribuidor es comisionista, en cuanto que cobra comisión por cada alta operada. Resulta muy clarificadora en la exposición de este sistema y sus consecuencias en el ámbito que nos interesa, la SJ Prim. Inst. Vizcaya, Bilbao, núm. 12/2004, de 12 de enero, -AC 2004/171-. Mayores dudas se podrían plantear respecto del concesionario, *v.gr.* en el ámbito de los vehículos, pues éste compra del fabricante directamente para vender al consumidor final, clientela inespecífica y, en principio, fuertemente ligada al valor de la marca. Precisamente, por esta razón, como iremos viendo, una línea jurisprudencial tiende a reconocer en este caso la indemnización por clientela

como es el caso del contrato de agencia o el de comisión, pero ajeno a la realidad de la franquicia⁷⁰⁷.

a.2. Excurso comparativo acerca de la admisibilidad de la indemnización por clientela a favor del franquiciado.

A.2.A. PUNTO DE PARTIDA 1: APROXIMACIÓN ANALÓGICA RESPECTO DEL CONTRATO DE AGENCIA.

La discusión acerca de la idoneidad de la extensión de la indemnización por clientela reconocida al agente al franquiciado, ha suscitado igualmente diversidad de posturas en otros países, notablemente en Alemania⁷⁰⁸. Así, la mayoría de la doctrina parece

sólo respecto del servicio técnico, pues su fidelización depende exclusivamente del buen hacer del concesionario.

⁷⁰⁷ La finalidad del contrato de franquicia, entendida como su causa, es coadyuvar a la distribución de un producto o servicio del franquiciador a través de la transmisión de un sistema de empresa. La creación o el aumento de la clientela se produce como consecuencia del negocio, y desde luego es índice del éxito del mismo, pero no se encuentra en su origen. En el mismo sentido Echebarría Sáenz, J.A. *El contrato de franquicia, op.cit.*, p. 548 y s. La idea se resume muy bien en la expresión de que los clientes no son un elemento de la franquicia, sino sólo el resultado de su explotación, con lo que difícilmente se puede argüir en términos de compensación por pérdida de clientela, tal y como se afirma en Bogaert, G.; De Keersmaeker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", *op.cit.*, pp. 161. Efecto de la distinta orientación del negocio es la diferente forma de retribución del franquiciado y del agente. Mientras éste recibe por cada negocio emprendido su compensación directa vía comisión, las ganancias de aquél se miden por los ingresos de las ventas/prestación de servicios, descontando los costes correspondientes, entre los que se encuentran los pagos al franquiciador. Sin embargo, para T. Bodewig, esa diferencia no es óbice para estimar la indemnización por clientela. *Vid.* Bodewig, T. "Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses", *Betriebs-Berater*, núm. 13, 1997, p. 641.

⁷⁰⁸ Este tema ha sido calificado como el "plato fuerte" o núcleo esencial dogmático de la terminación del contrato, llevando a la discusión doctrinal con relación a los contratos de distribución en las últimas décadas, según expone Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages, op.cit.*, pp. 189 y ss. Sobre la extensión de la normativa alemana que recoge la indemnización por clientela respecto del contrato de agencia al contrato de concesión *vid.* Martínez Sanz, F. "Extinción del contrato de distribución comercial y derecho

inclinarse a su favor, siendo referente la posición de Martinek, predicada respecto de la franquicia de subordinación⁷⁰⁹. Esta solución es admitida por un sector de la doctrina sobre la base de la semejanza de las relaciones contractuales de ambos contratos, de la obligación contractual de ceder la clientela habitual, así como cierto carácter tuitivo⁷¹⁰.

Por el contrario, tal extensión normativa no es admitida por otros autores al entender que se carece de elementos comunes que justifique la asimilación o extensión del "Ausgleichsanspruch" admitida respecto de los contratos de agencia a la franquicia⁷¹¹. La solución dista de estar clarificada ni en la jurisprudencia ni en la doctrina⁷¹².

En Austria, por su parte, encontramos una dualidad de criterio semejante. De un lado, el Tribunal Supremo entendió aplicable la normativa sobre el contrato de agencia relativa a la

de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de octubre de 1992", *op.cit.*, pp. 288-291.

⁷⁰⁹ *Vid.* Martinek, M. *Moderne Vertragstypen, op.cit.*, pp. 155 y ss.; en el mismo sentido, *vid.* también Joerges, C. "Contract and Status in Franchising Law", en *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, C. Joerges (edit.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 41.

⁷¹⁰ *Vid.* Gross, H. y Skaupy, W. *Franchising in der Praxis, op.cit.*, pp. 325 y ss.; *vid.* también Bodewig, T. "Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses", *op.cit.*, pp. 637-644.

⁷¹¹ *Vid.* Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", p. 719-720. *Vid.* también la p. 688.

⁷¹² *Vid.* Flohr, E. "Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers gemäß § 89 b HGB", en *Franchise-Handbuch*, Flohr, E. (coord.), Berlin: Verlag Die Wirtschaft, 1994, pp. 147-149. Contrariamente a la posición adoptada claramente por la jurisprudencia alemana favorable a tal indemnización en los contratos de distribución en sentido estricto, no existe un pronunciamiento claro respecto del de franquicia, a pesar de que el franquiciador se incorpora normalmente en la red comercial del franquiciador en un grado semejante al de muchos

indemnización por pérdida de clientela (§ 24 y 25 HVG)⁷¹³. Posición que dista de ser pacífica en la doctrina⁷¹⁴.

Semejante indefinición encontramos igualmente en otros países, como Suiza⁷¹⁵. Si bien cierta doctrina se muestra favorable

distribuidores, *vid.* Lohmann, U. "Germany", *op.cit.*, p. 328 con relación a la pp. 317 y ss.

⁷¹³ El Tribunal Supremo (*Der Oberste Gerichtshof*), en sentencia de 10 de abril de 1991, continuó su práctica de aplicar analógicamente tales disposiciones relativas a los agentes a los distribuidores, sobre la base de la semejanza contractual señalada, a su vez, respecto del franquiciado. Características predicadas comunes son: 1. tanto el agente como el franquiciado están fuertemente vinculados a la organización del principal y; 2. en ambos casos, además, se exige un coste de establecimiento, a veces elevado, sobre el que desde la base de un rendimiento mínimo de partida, se va construyendo un resultado y una clientela común. Tal posición es seguida por Mohr, *Der Franchisevertrag*, Manzsche Verlags- U. Universitätsbuchhandlung, 1999, pp. 108 y ss. *Cit.* en Nowak, J. *Der Schutz des Franchisenehmers*, "Seminar aus Handelsrecht", 2003/2004, pp. 13-15; en red *vid.* en pág. www.juridicum.at/forschung/nowak/franchise.pdf.

⁷¹⁴ En identidad de razonamiento argüido en contra de la aplicación de tal normativa respecto del distribuidor, la posición contraria a la asimiliación con el régimen tuitivo con el agente afirma que aquél, igual que el franquiciado, está más fuertemente integrado en la organización del principal, aunque siempre como empresario autónomo y en tal medida está expuesto a mucho mayor riesgo económico que los agentes comerciales. Este plus de riesgo suele compensarse con mayores márgenes comerciales, produciéndose de esta forma un equilibrio fuera de la inequivalencia. *Vid.* Kraft, M. y Winternitz, C. "Austria", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 90 y ss., y 100. Este argumento recoge la sistemática, sin proponérselo, de la doctrina que postula la teoría económica del Derecho. *Vid.* también comentario a la Sentencia del alto tribunal austriaco de la np. anterior y posiciones discrepantes de la doctrina del país en Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising*, *op.cit.*, pp. 115 y ss.; autor que señala que el planteamiento sobre el tema es realmente raro o infrecuente en dicha nación.

⁷¹⁵ Normativa sobre el contrato de agencia contenida en la *Loi fédérale* que completa el *Code civil suisse* (Libro quinto: *Droit des obligations*. *Vid.* www.admin.ch/ch/f/rs/220/a418u.html). Sin ánimo de entrar aquí en el análisis de tal reglamentación, consignamos la perfecta identidad de contenido con nuestro art. 28 LCA, según se observa de su mera transcripción literal. Ésta se concreta en el Art. 418u. En su virtud, según reza el aptdo. 1, «*Lorsque l'agent,*

a la extensión de la previsión de la indemnización por clientela del agente al franquiciado⁷¹⁶, esta posición no es unánime. La posición contraria, o al menos dubitativa a cerca de la viabilidad de tal concepto resarcitorio, argumenta el mayor vínculo de la clientela a la marca del franquiciador que a la actividad del franquiciado⁷¹⁷.

par son activité, a augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et que ce dernier ou son ayant cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ces clients même après la fin du contrat, l'agent ou ses héritiers ont droit, à moins que ce ne soit inéquitable, à une indemnité convenable, qui ne peut pas leur être supprimée par convention». En cuanto al cómputo, su aptdo. 2 indica que «*Cette indemnité ne peut cependant pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins longtemps*». Si bien, como es lógico y constante en los sistemas de Derecho que contemplan tal indemnización, queda ésta excluida cuando la resolución del contrato es por un motivo imputable al agente (apdo. 3º. «*Aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent*»).

⁷¹⁶ Wildhaber, C. *Franchising im Internationalen Privatrecht, op.cit.*, pp. 112-118.

⁷¹⁷ Éste es uno de los argumentos capitales para rechazar la posible indemnización por clientela a favor de franquiciado que ha sido utilizado como fundamentación por distintos autores de variada nacionalidad. En concreto, De Haller, parte de un concepto del contrato de franquicia como concesión de uso de un "capital atractivo", que incluye una marca de prestigio, un know-how, una organización y otros elementos que integran un fondo de comercio que arrastra una clientela o capaz de generarla (cfr. (De) Haller, T. *Le contrat de franchise en Droit suisse, op.cit.*, p. 37 y s.). El franquiciado se beneficia y de ello obtiene un rendimiento, causa del pago de los royalties al franquiciador. Una vez acabada la relación, este fondo de comercio, integrante del llamado *capital atractivo*, revierte al franquiciador. De esta forma, una parte del producto del negocio franquiciado se reintegra en el patrimonio de este último, cuyos frutos parcialmente ya ha ido recibiendo a través del pago del canon periódico. Ahora bien, debe reconocerse que este producto final es también resultado del esfuerzo del franquiciado. La consecuencia derivada de esta afirmación que introduce una posible excepción a la no-admisibilidad de la citada indemnización a favor de éste, es que si puede demostrarse que ha contribuido a aumentar el valor de los bienes inmateriales del franquiciador en el área comercial correspondiente a su esfera comercial, sería justificable tal concepto resarcitorio. Sin embargo esta excepción es rechazada en la práctica por la dificultad de determinar objetivamente a partir de cuándo se genera tal derecho indemnizatorio y su cuantificación. La aparente "justicia" se sacrifica

Por último, encontramos una opinión doctrinal en el país alpino matizadamente favorable a una concesión de tal indemnización cuya eventual concesión se valora en virtud de una evaluación puntual y que introduce una interesante aproximación a la cuestión al hacer recaer el *onus probandi* en el franquiciador⁷¹⁸. Según esta posición, la analogía con la situación del agente, de una parte, y la situación respectiva de las partes, de otra, justifica que el franquiciado vea reconocido en principio el derecho a una indemnización por clientela, y sobre este presupuesto, es al franquiciador al que le incumbe demostrar en qué medida la clientela resultante del contrato no es resultado de la actividad del franquiciado. Dos apreciaciones deben añadirse: la primera es que tal indemnización debe considerarse no disponible por las partes y, en segundo lugar, es un factor relevante la amplia discrecionalidad que la normativa relevante deja en manos del juez a la hora de determinar su cuantía.

Por esta razón, en función de la amplitud de criterio de la que dispone el juez para determinar la cuantía de la indemnización, su realización práctica debe inspirarse en los principios de buena fe y de equidad, los cuales inspirarán la decisión judicial en función del mayor o menor peso en la concreta relación considerada del poder de reclamo de la marca del franquiciador respecto de la capacidad demostrada de fidelización de la clientela por el franquiciado⁷¹⁹.

A.2.B. PUNTO DE PARTIDA 2: ACERCAMIENTO A PARTIR DE LA "PROPIEDAD" DE LA CLIENTELA. EL CASO FRANCÉS.

En Francia no existe un posicionamiento neto ni en la legislación ni en la jurisprudencia acerca de la procedencia de la

en aras de la claridad y la simplicidad de esta solución a todos los efectos negativa. *Vid.* (De) Haller, T., *op.cit.*, pp. 133 -135.

⁷¹⁸ Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 451 y s

⁷¹⁹ Engel, P. y Thévenaz, A. "Présentation générale des contrats de distribution", *op.cit.*, p. 90.

indemnización postcontractual por clientela⁷²⁰. Los pronunciamientos judiciales que han dirimido acerca de ésta con relación a la franquicia, lo han hecho fundamentalmente en discusión acerca de su "propiedad" por el franquiciador y/o el franquiciado, con ocasión de la renovación de los bajos comerciales que sirven de "soporte" al negocio, en cuanto a la posibilidad de beneficiarse el franquiciado de este estatuto privilegiado; derecho que sólo puede ser invocado por el propietario del fondo que es explotado en tal lugar⁷²¹. La cuestión no es baladí en cuanto a las consecuencias que reporta respecto del tema que nos interesa, aún hoy en día⁷²².

Esta cuestión ha sido objeto de notables controversias doctrinales y jurisprudenciales desde los años 70, pero ha sido en los 90 cuando el debate ha sido especialmente relanzado con ocasión de dos sentencias contradictorias. Una de las perspectivas

⁷²⁰ Con excepción de una Sentencia de 1972 según la cual en la ausencia de cláusula en contrario, no cabe el pago de tal indemnización por clientela al distribuidor o franquiciado después de la terminación del contrato. *Vid. C. Cass. Com. de 13 de noviembre de 1972, cit. y comentada por Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", op.cit., p. 110.*

⁷²¹ Según los términos del art. L. 145-8 del Código de comercio francés, modificado por el Decreto núm. 53/960, de 30 septiembre 1953. Según éste, el derecho de renovación del bajo comercial sólo puede ser invocado por el propietario del fondo que es explotado en tal lugar; fondo que, además debe ser explotado verdaderamente. Las exigencias de la ley francesa para permitir la renovación de los bajos comerciales es lo que ha marcado la discusión de la pertenencia de la clientela respecto del franquiciado, cuestión que nunca se hubiese planteado si sólo se exigiera para tal renovación el pago periódico del arrendamiento correspondiente; *vid. crítica en Belot, Ph. "Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1993, del Tribunal de Grande Instance d'Evry, y a la Sentencia de 24 de noviembre de 1992, del Tribunal de Grande Instance de París", Gazette du Palais, 1er. Sem. 1994, pp. 207-213.*

⁷²² Las repercusiones del estatuto de los bajos comerciales sigue vigente hoy en día, de forma que se hace preciso a la hora de redactar un contrato de distribución, incluido de franquicia, el tener en cuenta las previsiones legales al respecto, como ha señalado la doctrina. *Vid. Dumont-Lefrand, M.P. "Bail commercial et droit de la distribution", RTD com, enero/marzo 2003, pp. 43-54.*

apuntadas, en el caso "Avis", el Tribunal de Apelaciones de París entendió que para que se pudiese considerar que el franquiciado y/o el concesionario eran titulares del fondo de comercio correspondiente a su negocio, debían demostrar la existencia de una clientela ligada a su actividad personal, independientemente de su atracción por la marca del concedente/franquiciador, o bien que los elementos que aquéllos aportan al fondo de comercio prevalecen sobre tal marca⁷²³. Los razonamientos aplicados son esencialmente de carácter económico, de forma que el contencioso y su solución se plantea como una cuestión de prueba, por otra parte prácticamente imposible de aportar⁷²⁴.

En la segunda de las perspectivas apuntadas, el Tribunal de Gran Instancia de París consideró en el caso "Descamps" que la clientela era indiscutiblemente fruto de los esfuerzos y la colaboración del franquiciador y del franquiciado según se establece en el contrato que los une, de forma que la clientela pertenece de forma indivisa a ambos⁷²⁵.

En la actualidad, la tendencia se ha consolidado en este último sentido, de forma que la jurisprudencia más reciente reconoce una clientela propia del franquiciado y/o concesionario

⁷²³ Según la Sentencia C.A. París 16e. ch. A, de 16 de febrero de 1996, cit. en *RTD com*, 1996, pp. 237 y ss.,

⁷²⁴ El problema de la prueba se plantearía necesariamente cuando surgiese el conflicto. Llegado el momento ¿cómo demuestra un franquiciado, por ejemplo de distribución de determinada ropa de cierta cadena, qué clientes compran por la concreta gestión de ese punto de venta?; un estudio de mercado nunca abarcaría el presuntamente número de personas que han accedido al local, y difícilmente podría medirse en un tiempo apreciable.

⁷²⁵ *Vid.* relación y comentario de ambas sentencias (Sentencia del caso Avis por la Cour d'appel de Paris el 16 de febrero de 1996, y del caso Descamps por el Tribunal de Grande Instance de Paris el 24 de noviembre de 1992) en Zakharova-Renaud, O. "La Cour d'appel de Paris a tranché la question de la propriété commerciale des franchisés», *Lettre Européenne des Réseaux Commerciaux*, 1^{er}. trim. 2001, pp. 2-7.

que es independiente de la del franquiciador⁷²⁶. El criterio de atribución de la clientela se funda sobre la noción del riesgo asumido por la empresa en el ejercicio de su actividad –criterio económico–, y sobre el análisis de la clientela como elemento preponderante e indispensable de la existencia de un fondo de comercio –criterio jurídico–.

Así, de una parte se afirma que si cabe reconocer la existencia de una clientela en el ámbito nacional ligada a la notoriedad de la marca, la clientela local no existe más que por el hecho de los medios dispuestos por el franquiciado. Éste contrata a título personal asumiendo el riesgo y ventura de sus operaciones. En cuanto a la fundamentación jurídica, se le reconoce al franquiciado el derecho de disponer de los elementos constitutivos de su fondo, con lo que se reafirma que no es necesario ser propietario de la marca para poder reconocer la propiedad de la

⁷²⁶ La Sentencia que marcó un cambio de rumbo fue la de la C.A. París, 16^e ch. A, de 4 de octubre de 2000, transcrita y comentada en multitud de artículos y asumida como precedente en sentencias posteriores, como veremos *infra*. En general, a la posición contraria se le reprocha un doble error: 1. Estimar que la propiedad de un fondo de comercio exige la de sus elementos de atracción, pues es suficiente con tener capacidad de disposición sobre ellos. 2. También se le critica la confusión de asimilar la precariedad de la clientela y del fondo de comercio con su existencia; la precariedad del contrato de franquicia no tiene más incidencia que sobre el valor de la clientela y la tasación del fondo de comercio. *Vid.* Sent. citada y comentada en *RTD com*, 2001, pp. 50 y ss., Kenfack, H. "Le franchisé est propriétaire de son fonds de commerce", *Recueil Le Dalloz. Cahiers du Droit des Affaires*, núm. 21, 2001, pp. 1718-1721; Monéguer-Dupuis, A.L. «La Cour d'appel de Paris modifie sa position quant à la possibilité, pour le franchisé, de bénéficier du statut des baux commerciaux», *Recueil Le Dalloz. Cahiers droit des affaires*, 2001, pp. 380 y ss.; Boccara, B. «Le franchisé auquel est attachée une clientèle autonome de celle du franchiseur bénéficie du statut des baux commerciaux», *JCP La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 7-8, 2001, pp. 324 y ss.; Zakharova-Renaud, O. «La Cour d'appel de Paris a tranché la question de la propriété commerciale des franchisés», *op.cit.*, pp. 2 y s. Evolución de la jurisprudencia francesa que también puede cotejarse en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, *op.cit.*, p. 70 y ss.

clientela resultante de su puesta en obra integrada junto a los otros elementos del fondo⁷²⁷.

El interrogante que se plantea en el orden indemnizatorio es la eventual justificación de tal concepto resarcitorio si se afirma la pertenencia de la clientela al franquiciado, habida cuenta que en este caso le permanecerá fiel tras la finalización del contrato. A menos que se entienda tal noción en el sentido de que éste ha coadyuvado decisivamente en su creación o incremento, con lo que más que en términos de posesión o disposición de la misma, más habría que pensar en un elemento indivisible en coparticipación que, en la mayoría de los casos será fiel a la marca con la que identifica el bien o servicio propio de la franquicia.

La cuestión queda clarificada en los casos, regla general, donde se establece contractualmente una cláusula de no-competencia postcontractual, en cuyo caso la *Cour de Cassation* exige una contrapartida financiera. Ésta bien podría consistir en una fracción determinada del canon inicial a tanto alzado desembolsado por el franquiciado sucesor, o una suma equivalente cuando es el franquiciador quien retoma personalmente el negocio franquiciado⁷²⁸.

En esta línea argumentativa, que hace descansar en la *cesión* de la clientela *perteneciente* al franquiciado el fundamento indemnizatorio, se encuentra el Derecho belga, si bien con una notable singularidad en el tratamiento otorgado. Tal singularidad se deriva, de un lado, del tipo contractual contemplado en la ley, básicamente descrito como de distribución exclusiva *lato sensu* y,

⁷²⁷ Comentario a la Sent. de la Cour de Cassation, 3e. civ., de 27 de marzo de 2002 en Saintourens, B. "La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'une clientèle propre du franchisé, élément de son fonds de commerce", *RTD com.*, núm. 3, 2002, pp. 457-459.

⁷²⁸ (Le) Tourneau, Ph. *Les contrats de franchisage, op.cit.*, p. 289.

del otro, de las condiciones objetivas que conforman el *petitum* indemnizatorio. Con relación a este último punto, causa de la indemnización es la finalización inesperada de una relación de carácter indefinido, cuando el motivo es otro que el incumplimiento de distribuidor o tiene su origen en una infracción grave del principal⁷²⁹.

Su reconocimiento depende, además de la situación objetiva descrita, de:

1. Que se haya producido un enriquecimiento en el principal derivado del incremento de la clientela debido a la actividad del distribuidor-franquiciado;
2. Que tal incremento sea sustancial y,
3. Que, tras la finalización del contrato, quede ligada al principal.

Más allá de las disquisiciones acerca de las condiciones de aplicación de la indemnización descrita, la cuestión surge respecto de la misma aplicabilidad de esta previsión respecto de la franquicia pues, además de la controversia en la doctrina y la jurisprudencia belga acerca de si este contrato entra bajo la reglamentación de tal ley, específicamente se presenta de difícil reconocimiento la compensación por clientela al franquiciado⁷³⁰.

⁷²⁹ Art. 3 de la *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961, *supra cit.*

⁷³⁰ Bogaert, G.; De Keersmaeker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", *op.cit.*, pp. 159 y ss. Autor que cita en su apoyo la posición indicada al respecto por el *Belgisch Comité voor de Distributie*, en np. 163 y la ausencia de precedente judicial que haya reconocido al franquiciado tal concepto indemnizatorio. Por otra parte, reconoce la posición favorable a la extensión de tal ley a la franquicia, aportada por determinados autores, entendiéndose que la clientela que es fruto de la atracción de la imagen de la red de franquicia pertenece al franquiciador, pero la que ha sido atraída por los esfuerzos del franquiciado debe ser considerado de su propiedad.

a.3. Valoración de la participación del franquiciado respecto de la clientela de la franquicia como elemento concluyente en el reconocimiento de indemnización postcontractual por este concepto. Consideraciones preliminares.

La línea de discusión aplicable a la franquicia discurre acerca de la importancia de la marca, en cuanto efecto reclamo de ésta en la captación del cliente o usuario, y de la labor del franquiciado en su adquisición, mantenimiento y/o incremento de su número⁷³¹.

Relevante, a su vez, es la existencia o no en el clausulado del contrato de una expresa prohibición postcontractual de competencia para el franquiciado⁷³², de forma que éste no podría

⁷³¹ La importancia del poder de reclamo de la clientela y de los usuarios de la marca adquiere una importancia tal en la valoración de la indemnización por este concepto, que en el caso de los concesionarios de coches es frecuente denegar su posibilidad o reconocerla muy mitigada precisamente por entender la escasa posibilidad de crearla o incrementarla el concesionario. La clientela pertenecería, desde este punto de vista, total o casi totalmente al dueño de la marca. *Vid.* así, la SAP Madrid, de 7 diciembre 1995 -AC 1995/2394. Respecto de la franquicia, llega a la misma conclusión Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, pp. 170-173.

⁷³² Coggi, F., "Le condizioni di fine rapporto" , *op.cit.*, p. 139. Debe recordarse aquí el expreso reconocimiento en el Derecho suizo de la indemnización al agente por la prohibición postcontractual de competencia del art. 418 d. 2 de su Código mercantil, cuya aplicación a la franquicia es discutida por diversos autores del país. A más ende, incluso cuando se rechaza tal concepto indemnizatorio la doctrina ha entendido que debe valorarse esta circunstancia para admitir el derecho a una indemnización por clientela al franquiciado cuyo negocio ha sido impelido a abandonar, cediendo una clientela que le es propia, *vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, p. 456. Esta relación quedaba gráficamente expuesta, respecto del contrato de agencia, en el que fue apartado 2º del art. 20 del Proyecto de LCA, suprimido por el Senado, según el cual "El alcance de la limitación de competencia podrá ser reducido contractualmente a los supuestos en que el agente hubiere sido indemnizado con arreglo a lo previsto en el art. 28". El sentido de la supresión pretendía no reducir innecesariamente los supuestos en los que podría pactarse la limitación de la competencia. Sin embargo, el texto, de haberse mantenido, hubiese

aprovechar la clientela generada durante su pertenencia a la red franquiciada⁷³³.

De un lado, resulta evidente el poder automático generado por determinadas marcas, especialmente notorio en el ámbito de la moda y sus complementos, o en el de la restauración⁷³⁴. De esta

resultado esclarecedor al objeto de explicar la conexión entre la indemnización por clientela y la cláusula temporal de no-competencia: una vez indemnizado el agente por tal concepto, se le puede imponer la cláusula de no-competencia para evitar que se prive al principal de algunas de las ventajas, como el disfrute de la clientela adquirida por aquél, por las que ya ha debido compensarle económicamente con anterioridad. *Vid.* Valenzuela Garach, F. "Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 1/1992, de 27 de mayo", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III; Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, 3823 y s.

⁷³³ Las cláusulas de no-competencia (amparadas según las condiciones determinadas en la normativa comunitaria de defensa de la competencia -art. 5.c. Reg. 2790/1999 y Apartado 44 c. de las Directrices relativas a las restricciones verticales-, perfecta continuidad con lo dispuesto en el art. 3.1-c del Reg. 4087/88), suponen el reconocimiento de la cotitularidad de la clientela a favor del franquiciador, reconociendo así digno de tutela la defensa de los bienes inmateriales del sistema como mecanismo de condensación de la clientela; *vid.* Echebarría Sáenz, J.A. *El contrato de franquicia, op.cit.*, p. 431. En este sentido, la última jurisprudencia francesa ha reconocido la "propiedad" del franquiciador sobre una clientela generada por la marca, y la del franquiciado sobre aquella de carácter local derivada de su actividad con los medios que ejecuta asumiendo el riesgo y ventura de la operación. Como consecuencia, tales cláusulas de no-competencia y las que prohíben la cesión del fondo de comercio de la franquicia a un tercero, lo que pretenden es cortar el vínculo entre el franquiciado y la clientela que, de este modo, pasa a vincularse al franquiciador, lo que justifica la correspondiente compensación o indemnización. *Vid.* Sentencia Cour de cassation, 3e civ., de 27 de marzo del 2002 y comentario en Ferrier, D. "Le franchisé bénéficie de la propriété commerciale dès lors que le franchiseur lui reconnaît le droit d'en disposer", *Recueil Le Dalloz*, núm. 39, 2002, p. 3006 y s. Ahora bien, el recurso al pacto de no-concurrencia no agota la valoración acerca de la oportunidad de la compensación por clientela, como Echebarría Sáenz señala en *íbidem*, p. 549.

⁷³⁴ Zara, Prenatal o Mango poseen una imagen consolidada semejante a la que disfrutaban en el ámbito de la restauración las franquicias de comida rápida Burger King, McDonalds, o Hollywood Fosters. Las funciones de las marcas son múltiples entre las que destaca la de distinción o diferenciación; pero también la de señalar el origen del servicio o bien comercializado, la función de publicidad,

forma, se afirma que el franquiciado no es más que un órgano ejecutivo e intercambiable del franquiciador, sin el que aquél no puede desarrollar el sistema franquiciado, mientras que este último sin el concreto franquiciado de forma semejante, mediante filial u otro franquiciado puede llevarlo a cabo⁷³⁵.

Con arreglo a esta óptica, el planteamiento que le otorga derecho a la indemnización por clientela fracasa ante la inapreciable concurrencia de la actividad del franquiciado en el establecimiento de la clientela estable del sistema; valoración negativa de su función "promotora" de clientela o usuarios de la franquicia que se refuerza por el hecho de actuar éste según los parámetros aprendidos en virtud de la formación a él prestada por el franquiciador⁷³⁶.

Del otro, es imprescindible una "colaboración activa" en el mantenimiento y mejora constante de ésta, si bien tal concepto es

la que da constancia de una determinada calidad. Tales funciones se revelan de la máxima importancia respecto de la franquicia; de esta guisa, la imagen de la marca es uno de los cimientos de la homogeneidad de la red y permite la fidelización de la clientela. Cuestiones desarrolladas por Nuss, P. *Marque et franchise*, Estrasburgo: Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, 1982, pp. 1-33. Existe una disparidad de criterios acerca de la validez de la función de la marca indicadora del origen empresarial de los productos o servicios con relación a la franquicia, negada por determinadas sentencias norteamericanas, con eco en la doctrina española y, contrariamente, afirmada por Giner Parreño, C. A. "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", op.cit., pp. 1-17 *passim* y, especialmente, pp. 1-3, donde se recogen todas estas posturas.

⁷³⁵ Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, op.cit., p. 161. La confianza de los clientes descansa de este modo en el franquiciador, garante de que la marca que sustenta su producto o servicio asegura la misma calidad del mismo con independencia del concreto franquiciado que lo distribuya o preste, *vid. Martinek, M. Moderne Vertragstypen*, op.cit., p. 157.

⁷³⁶ *Vid. Höpfner, C. Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, op.cit., p. 167 y s.

difícilmente valorable⁷³⁷. Al fin y al cabo, la validez y la fuerza de las marcas y los nombres comerciales dependen de la manera en que son usados, de forma semejante a como ocurre con otros bienes inmateriales esenciales en la franquicia como el know-how⁷³⁸. De esta forma, si bien no se discute que los esfuerzos de publicidad y promoción descansan básicamente en el franquiciador, su optimización en la concreta localización y el establecimiento del sistema de contacto con los clientes individualizados suponen la

⁷³⁷ Precisamente, la dificultad objetiva de determinar la pertenencia o la implicación del franquiciador o del franquiciado en la clientela generada, ha motivado por razones de sencillez y de claridad a T. De Haller a rechazar esta posibilidad, según ya hemos visto. *Vid.* (De) Haller, Thierry. *Le contrat de franchise en droit suisse, op.cit.*, p. 135.

⁷³⁸ Garner, M. "Trademarks, Intellectual Property and Protection of Business Image", *Franchise and Distribution Law and Practice*, vol. II, cap. 7, Deerfield: Clark Boardman, 1990, p. 6 y ss. *vid.* también Nuss, P. *Marque et franchise, op.cit.*, p. 21-27. Es la uniformidad de la calidad del producto y su presentación o distribución lo que hace que el público compre un determinado producto o pague por un concreto servicio. A su vez, es este efecto de magnetismo sobre el consumidor o usuario, lo que justifica que el franquiciado acepte pagar un royalty o canon por su uso, *vid.* Williams, L. "Trademark and Related Rights in Franchise Agreements in Germany: A Comparison with U.S. Law", *IIC*, N° 5, 1983, p. 639. El mal uso de la marca y otros distintivos protegidos del "buen nombre" e imagen de la franquicia, sus productos o servicios, genera distintas reacciones según el país donde éste se produzca o cuya legislación, por extensión, se aplique; así, siguiendo con el artículo anterior, un uso de la marca del franquiciador que se desvía de su específico uso y perjudica la función de indicar la calidad o el origen del producto o servicio, puede ser considerado como una infracción del derecho de marcas y actuarse frente al franquiciado, según la ley americana (En virtud de la Lanham (Trademark) Act (15 U.S.C.) - Sec. 5 (15 U.S.C. 1055)- "*Use by related companies affecting validity and registration*", texto que puede cotejarse en el original en <http://www.bitlaw.com/source/15usc/1055.html>). Sin embargo, en Alemania, la desviación del franquiciado del estándar de calidad del franquiciador constituye un incumplimiento contractual, pero no una violación del Derecho de marcas a menos que ésta afecte a la naturaleza y calidad del producto o servicio o identidad del negocio asociado a la marca o al nombre comercial, atentando así contra la función indicadora del origen del producto o servicio; infracción perseguida vía competencia desleal -WZG- (Art. 3 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *vid.* en <http://transpatent.com/gesetze/uwg.html>).

contribución favorable del franquiciado⁷³⁹. Aunque la apreciación de su trabajo pueda quedar escondido para el concreto cliente o usuario, es fácilmente apreciable cuando es ejecutado de forma deficiente, lo que repercute no sólo en el concreto establecimiento franquiciado sino en la mala imagen que de ello se desprende para toda la red⁷⁴⁰.

Consecuentemente, según esta perspectiva, habría que admitir que su actividad de promoción no es suficientemente remunerada por su misma participación en el mismo sistema de franquicia⁷⁴¹, planteamiento que enlaza con el esquema del razonamiento efectuado por los autores del análisis económico del Derecho sólo que a *sensu contrario*.

⁷³⁹ Vid. Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, *op.cit.*, pp. 157 y s. La labor del franquiciado no sólo es apreciable respecto de la concreta clientela que él mismo atiende en el negocio franquiciado, sino asimismo en el efecto colectivo que el conjunto de franquiciados de una concreta red ejercen sobre los clientes actuales y potenciales, según Bodewig, T. "Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses", *op.cit.*, p. 642. Además, según el mismo autor, *op.cit.* p. 643, hay que considerar que el franquiciado coadyuva a la eficacia de la marca a través de la publicidad que él mismo implementa y a través de su participación en el sistema de publicidad del franquiciado a través del canon correspondiente.

⁷⁴⁰ No es discutible que el franquiciador aporta al franquiciado su marca y/o nombre comercial, su know-how y su asistencia técnica a cambio de una remuneración; elementos que determinan la creación de una clientela, pero no son los únicos. El franquiciado aporta igualmente otros elementos que fidelizan tal clientela, como su emplazamiento -en el caso de que ésta tenga capacidad de elección- y sus cualidades personales y profesionales. Este aporte del franquiciado es evidentemente superior en las franquicias de servicios y en las industriales, donde queda más patente el buen hacer de éste, sin que quede excluido de las de distribución. En cualquier caso, es verdaderamente difícil determinar la parte de cada uno de los elementos utilizados en la franquicia que determinan la adscripción de una determinada clientela. Vid. Kenfack, H. "Le franchisé est propriétaire de son fonds de commerce», *op.cit.*, pp. 1718-1721.

⁷⁴¹ Vid. Joerges, C. "Contract and Status in Franchising Law", en *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, *op.cit.*, p. 41.

Desde otro punto de vista, que parte de la adquisición del derecho de participación del franquiciado en la franquicia, y la compensación que de ello se deriva, cabe otra reflexión. Así, éste paga según el concreto modelo de franquicia, canon de entrada, y royalties periódicos y por publicidad que sustentan su derecho de adquisición y de conservación y/o incremento de la clientela. A cambio, el franquiciado accede a la clientela generada por el reclamo de la marca, inespecífica y no local, así como el derecho de utilización de aquellos recursos por los que hipotéticamente podrá generar una clientela local.

En este juego de contraprestaciones en el que cada pago del franquiciado al franquiciador se ve justificado en función de su utilidad, podría argüirse que, acabado el contrato, se devuelve el derecho a disfrutar de la clientela de la red franquiciada⁷⁴², de forma que el canon de entrada, allí donde haya sido exigido, debería devolverse. De esta forma el canon funcionaría como una fianza en un contrato de arrendamiento, si bien con distinta función⁷⁴³.

⁷⁴² Efectivamente, los efectos más destacables de la rescisión del contrato suponen, además de la efectiva liquidación de las sumas aún adeudadas, la cesación del derecho de uso de la marca, la pérdida del derecho a identificarse en listines telefónicos y guías similares con la referencia de la franquicia, la prohibición de ejercer la misma actividad por sí o por medio de terceros durante un tiempo y la prohibición de desvelar el know-how recibido con carácter indefinido. *Vid. Grupo Alameda, S.L.*, en materiales entregados con ocasión del Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia en octubre y noviembre de 2002.

⁷⁴³ En el contrato de arrendamiento la fianza garantiza el buen uso del local objeto del arriendo, mientras que en este caso no se pretende asegurar el buen uso de la clientela o de la reputación de la red, si no determinar el derecho de acceso a la franquicia y, en parte, compensar los gastos del franquiciador de iniciación de la franquicia, de publicidad, asistencia a ferias, de captación de nuevos franquiciados, etc., así como pagar por una serie de servicios periódicos prestados por el franquiciador, como es el caso de la asistencia técnica. Es evidente que el primero de los conceptos por el que éste se constituye ya está

Particularmente cabe este planteamiento respecto de la resolución anticipada del contrato, entendiendo que el coste de establecimiento de la franquicia se entiende pactado para la duración establecida en el clausulado del mismo, de forma que una resolución anticipada no justificada exige una compensación proporcional al tiempo no consumido; de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto⁷⁴⁴, si bien si admitimos este planteamiento nos alejamos del presupuesto que sustenta la indemnización por clientela, que no admite un origen que radique en conceptos de culpa o responsabilidad, sustrato de la resolución anticipada *culpable* o *abusiva*, que son las únicas sancionadas por el Derecho.

a.4. Posición contraria a su admisibilidad desde el análisis económico del Derecho.

Desde una visión económica de los contratos, esta labor de colaboración activa del franquiciado, igual que del resto de contratos de distribución, viene compensada por el valor de las cuasi-rentas; éstas se traducen en la ganancia que obtiene el distribuidor *lato sensu* superior a la que extraería como fruto de su incumplimiento. El medio de consecución de estas cuasi-rentas se consigue, de un lado, organizando dispositivos de control y vigilancia, y de otro, a través de cláusulas contractuales que

retribuido desde el momento de la conclusión del contrato pero no así el resto de obligaciones de carácter periódico y duradero que en su virtud se obliga el franquiciador como contraprestación. Sobre esta cuestión nos remitimos al apartado correspondiente, en la posición al respecto defendida por la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, *vid. supra*.

⁷⁴⁴ Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen op.cit.*, p. 181.

garanticen al distribuidor la obtención de ganancias sobrecompetitivas⁷⁴⁵.

La más importante, y que aquí cobra toda su virtualidad, es la transferencia al distribuidor de una parte de estos beneficios que obtiene el principal a causa de su poder de mercado y de la reputación de su marca. En su virtud, el franquiciado entra en el contrato y acepta sus condiciones por las ventajas económicas que se le derivan y, además, permanece en él en un cumplimiento ajustado a sus obligaciones, incluso a aquellas implícitas que no necesariamente pueden acreditarse ante un juez, porque de lo contrario se expone a la ruptura contractual por el franquiciador *ad nutum*, perdiendo así todas sus ventajas "futuras", pues de tal ruptura no obtendrá compensación alguna⁷⁴⁶.

A más ende, se alega, la obligación de indemnizar la clientela elevan la vulnerabilidad de la posición del distribuidor pues, según demuestra la experiencia, la tasa de terminación de los contratos de franquicia y concesión es menor y el nivel medio de su duración mayor en aquellos ordenamientos en que rige íntegramente el principio de libre terminación, que en aquellos otros en que éste se halla sometido a limitaciones o restricciones⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Paz-Ares, C. "La terminación de los contratos de distribución", *op.cit.*, p. 27 y ss. *Vid.* asimismo Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, pp. 58-62.

⁷⁴⁶ De esta forma la terminación *ad nutum* constituye, según la teoría económica de los contratos de distribución, un mecanismo eficiente de cumplimiento del contrato, complementario del mecanismo jurídico establecido al efecto. Este tipo de contratos son incompletos, con una parte explícita -gobernada por el sistema jurídico y judicial- y una implícita muy importante, cuyo cumplimiento sólo puede confiarse a mecanismos de disciplina extrajurídicos. *Vid.* más extensamente en Paz-Ares, C. "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *La Ley*, núm. 4266, 1997, pp. 1-10, espec. p. 8.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 43

El razonamiento es válido en la premisa según la cual el principal, al caso el franquiciador, transfiere una parte de las ganancias sobrecompetitivas derivadas de su poder de mercado y de la reputación de su marca al distribuidor – franquiciado. Es válido, igualmente, en la estimación de la motivación del franquiciado para entrar en la red franquiciada derivada de las ventajas económicas que ello le reporta; sin embargo, sólo es admisible a nivel de reflexión de *lege ferenda* la virtualidad de la amenaza de ruptura *ad nutum* sin compensación incluso en aquellos casos en los que no pueda acreditarse incumplimiento ante el juez.

Como ya hemos tenido ocasión de indicar en el apartado relativo a la resolución unilateral como forma de extinción del contrato de franquicia, la posibilidad de resolución *ad nutum* está sólo admitida en el caso de contratos de duración indefinida, pero no en todos los casos. Una ruptura contractual que no se atiene a lo pactado en cuanto a la duración del contrato, y más si fuera sobre la base de cierto incumplimiento no acreditable, carecería de justa causa y comportaría según nuestro sistema de Derecho indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución injustificada.

El equilibrio que el sistema propuesto puede producir es corregido mediante el mismo mecanismo, pero a la inversa: una condición básica de su funcionamiento es que la desventaja comparativa de la integración vertical sea más costosa que las cuasi-rentas requeridas para motivar el cumplimiento de los distribuidores, con lo que el franquiciador será el primer interesado en mantener la integridad de sus compromisos y así no apropiarse de las que le corresponderían al franquiciado mediante una resolución “sin justa causa”, la cual ya vimos que no siempre se mide mediante parámetros judicializables, pues la alternativa le resulta más costosa. El coste se derivará del descrédito que sufriría, con la consiguiente pérdida de la posibilidad de mantener un sistema de

distribución más beneficioso. El remedio jurídico que vehicularía la "apropiación indebida" de las cuasi-rentas del distribuidor, franquiciado, injustamente separado de la red, es la *exceptio doli*, que operaría de forma semejante al caso del ejercicio abusivo de las garantías a primera demanda⁷⁴⁸.

De admitir los razonamientos aportados, nuevamente nos encontramos fuera de los cauces prescritos, de forma que prescindiríamos de los contenidos éticos-normativos positivizados en nuestra sociedad, al actuar más allá de las normas establecidas, de las soluciones jurisprudenciales que las matizan y completan y, en definitiva, de los principios generales del Derecho admitidos respecto de la terminación de los contratos en nuestro Derecho⁷⁴⁹. A más ende, en cuanto fundamentación de la potestad resolutoria arbitraria, no admitida en nuestro ordenamiento jurídico, de la parte más fuerte en el contrato, calificado como de adhesión, *convierte la ciencia jurídica en una moderna sofística al servicio de los poderosos,... y esto no siempre será eficiente desde una*

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 48-55.

⁷⁴⁹ El análisis económico del Derecho como doctrina ha realizado una aportación inestimable a la ciencia jurídica, donde hoy ya no son extraños conceptos como "coste de transacción" o "eficiencia", que sustituyen otros de contenido más vago utilizados con anterioridad. Ahora bien, es una doctrina sujeta a revisión y que genera razonables dudas en cuanto a las expectativas que proyecta para explicar el Derecho de obligaciones y contratos. En la práctica se ha demostrado inútil para explicar determinados parámetros del Derecho de los contratos, como es el caso de por qué en determinados casos la ley obliga a suministrar información precontractual y por qué no en otros similares. Asimismo, tampoco ha resultado ser una guía para la reforma de la normativa obligacional. Sobre estos y otros fundamentos que analizan los resultados del análisis económico del Derecho, indicando las carencias demostradas después de tres décadas, *vid.* Posner, E.A. "Economic Analisis of Contract Law alter Three Decades: Sucess or Failure?", *The Yale Law Journal*, enero 2003, pp. 829-880.

*perspectiva general que contemple todos los valores sociales protegidos por la Constitución*⁷⁵⁰.

*a.5. Razonamiento favorable a su estimación:
construcción que parte de la integración empresarial del
franquiciador en la red y del aprovechamiento
postcontractual del activo común clientela*

En el contrato de franquicia, la colaboración entre los implicados es uno de los factores esenciales, mediante la cual el franquiciador comparte un modelo de negocio de éxito con el franquiciado y coopera activamente a que éste lo implemente⁷⁵¹. En sentido inverso, el franquiciado buscará ajustarse al marco establecido por aquél y, al mismo tiempo, le participará de las posibles mejoras o desarrollos practicables con el esquema de la franquicia⁷⁵². De esta forma, la indemnización por clientela estaría

⁷⁵⁰ *Vid.* ampliamente, la crítica de los aciertos y objeciones del análisis económico del Derecho, subyacente en la argumentación de C. Paz-Ares, en Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17^a ed., *op.cit.*, pp. 68-72.

⁷⁵¹ Durante la vida del contrato convergen en el punto de venta y/o de prestación del servicio franquiciado numerosos clientes y/o usuarios, los cuales responden al efecto llamada del prestigio de la marca, pero igualmente en buena parte por la habilidad y profesionalidad de quien lo vende sin que pueda distinguirse o contabilizarse diametralmente en qué medida inciden ambos factores. *Vid.* Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, *op.cit.*, p. 171.

⁷⁵² La participación del franquiciado en el "good-will" del franquiciador y en las ventajas derivadas de la eficacia de la marca -efecto llamada sobre eventuales clientes-, tiene lugar en virtud del canon de entrada que aquél paga en la mayoría de las franquicias, y que no existe en otros contratos como el de concesión o distribución. Al mismo tiempo, tal suma supone una exigencia al franquiciado de mejora de los elementos correspondientes al marketing y de aumentar tal bien intangible del fondo de comercio. *Vid.* Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, p. 172 y s. El pago de derechos de entrada en la cadena corresponde a multitud de conceptos que sustentan este elemento inmaterial del contrato. Así, básicamente: licencia de uso de la marca, exclusividad zonal, asesoramiento en la selección de personal, anteproyecto de decoración, contacto con proveedores, rótulos exteriores, publicidad de

basada sobre el hecho de la integración empresarial en la red, que priva o reduce de posibilidades al franquiciado de establecer relaciones con otros proveedores⁷⁵³.

De esta colaboración nacen unos bienes inmateriales⁷⁵⁴, un activo común constituido por las relaciones comerciales de carácter

lanzamiento, cesión del *know-how* (manuales), diseño del establecimiento, diseño del programa de gestión informático, asesoramiento en la tramitación de licencias, formación del franquiciado-encargado y formación de los empleados. Este derecho inicial obtenido por el franquiciado en virtud del pago del canon de entrada se actualiza con ocasión del abono de los royalties de la franquicia, cuya contraprestación a ejecutar por el franquiciador incluye las obligaciones de apoyo permanente al franquiciado, mantenimiento de infraestructura suficiente para la cadena de franquicia, marketing corporativo, investigación de mercados y otros. A más ende, se recoge en multitud de contratos un concepto específico de liquidación periódica que responde a la denominación de "royalties de publicidad", abonados por el franquiciado al franquiciador para que este último lleve a cabo la publicidad corporativa de la cadena, de lo cual dará cuentas el franquiciado una vez finalizado el ejercicio. La descripción de estos elementos ha sido extraída del *Grupo Alameda, S.L.*, en materiales entregados con ocasión del Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia en octubre y noviembre de 2002.

⁷⁵³ Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *op.cit.*, pp. 930 y ss.

⁷⁵⁴ Desde una posición técnico-jurídica, no se puede afirmar que la clientela sea un bien ni material ni inmaterial, puesto que no se trata de "cosas", sino de personas, y éstas con voluntad cambiante, por lo que además es una realidad dinámica. Ahora bien, en la medida en que esta clientela se incorpora a una actividad empresarial va a suponer utilidad económica: es el porqué y el para qué de la empresa. Como primera consecuencia, no cabe ni formal ni informalmente disposición sobre la misma, así como tampoco es posible separarla del resto del fondo de comercio (locales utilizados, marcas distintivas, rótulo, nombre comercial o *know-how* del empresario). Una segunda consecuencia es que no es posible la venta ni la cesión de la clientela, sino solamente la obligación consentida y libremente pactada de no ejercer la actividad en sitio determinado y concreto de que se trate, absteniéndose de toda concurrencia. *Vid.*, Cutillas Torns, J. M^a. "La transmisión de la clientela en el Derecho español", *Revista General del Derecho*, mayo 2000, pp. 5624-5628. En cuanto al primer aspecto, que determina la imbricación de la clientela dentro del conjunto que determina el fondo de comercio, la mayor parte le corresponde al franquiciador, en cuanto que titular de los derechos de propiedad industrial y creador del *know-how* de la red franquiciada; el valor de la indemnización por clientela resta en la capacidad

duradero establecidas con la clientela y las expectativas de beneficios, que deben ser objeto de liquidación al final del contrato puesto que son aptas para generar ventajas futuras y, así, evaluables en dinero⁷⁵⁵.

De igual forma que si la clientela se reduce ostensiblemente, el titular de la marca resolverá el contrato, si se produce el incremento de ésta o su creación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen al distribuidor, en un razonamiento planteable como hipótesis respecto del franquiciado, un derecho a la indemnización

del franquiciado de desarrollar estos valores y fidelizarla en un mercado concreto. Por su parte, la segunda consecuencia indicada, resalta como indicativo el pacto de no competencia postcontractual para valorar la actuación del franquiciado en la creación de la clientela.

⁷⁵⁵ Así, la indemnización por clientela remuneraría el aprovechamiento futuro por la cabeza de la red del esfuerzo realizado por el franquiciado (igual que en el caso del agente y del concesionario) en estos casos especialmente dirigidos a obtener nuevos clientes o a incrementar la cifra de los existentes para el titular de la marca. Este razonamiento excluiría otros casos de promoción de productos o servicios bajo marcas, cuando no existe integración en red de distribución, como es el caso de los distribuidores multimarcas incluyendo los de distribución selectiva, según Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *op.cit.*, pp. 930 y s. Igual posición mantiene F. Martínez Sanz, respecto del contrato de concesión en *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, p. 109, así como en F. "Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de octubre de 1992", *op.cit.*, p. 293 (de esta forma, los criterios de discernimiento del reconocimiento de la indemnización por clientela, según el autor reseñado, son el grado de integración del concesionario en la red de distribución del fabricante, y la efectiva transmisión o traspaso al concedente de la posibilidad de disfrutar de la clientela adquirida por el concesionario en el curso del contrato). Respecto del contrato de concesión, la SAP Bilbao, de 31 octubre 2003, *Diario La Ley*, 26 marzo 2004, p. 16, *cit.*, afirmará en este sentido que "*El concesionario, a lo largo de la vida del contrato y a través de su labor de promoción, genera una clientela que, mientras dure aquél, podrá considerarse en buena medida un activo común a ambas partes contratantes. Extinguido el contrato, la práctica demuestra cómo la clientela, en la generalidad de los casos, permanecerá fiel al empresario concedente, por ello se sostiene como de justicia que, al finalizar la relación de colaboración económica, se le dé al concesionario oportunidad de participar en la plusvalía generada por su actividad personal.*"

por esta clientela que se traspasa al principal a la finalización del contrato, con el fin de compensarle por la actividad desarrollada durante el contrato tendente a la consolidación o creación de relaciones comerciales estables y que no ha podido ser remunerada totalmente durante el contrato⁷⁵⁶.

El franquiciado es un empresario independiente que corre con el riesgo y ventura de la operación, con lo que sufrirá las pérdidas y recogerá los beneficios de su actividad. Actividad cuya organización paga en virtud de los cánones correspondientes y que ejecuta con la diligencia de un buen empresario. En virtud de todos los medios dispuestos y organizados por el franquiciado en la

⁷⁵⁶ Este planteamiento es acogido en la doctrina y en la jurisprudencia si bien con diferentes matizaciones. Con relación a los contratos de distribución es abundante la jurisprudencia que la fundamenta sobre la base del enriquecimiento injusto, remitiéndonos al efecto al apartado *supra* indicado sobre dicha atribución patrimonial injustificada. *Vid.*, aquí por todas, la STS núm. 1219/1997, de 31 diciembre RJ 1997/9488-, relativa a un contrato de colaboración de naturaleza atípica. Opción criticada por entenderse que la causa de tal enriquecimiento del principal es el propio contrato, que tiene como finalidad la creación o el incremento de la clientela, según afirma Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, p. 102 y ss. espec. n.o. 186 y 187 y cierta jurisprudencia; así, *vid.* la SAP Barcelona (Sección 15), de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-, en su Fto. Dcho. 8º. En el mismo sentido, *vid.*, la SAP Segovia núm. 75/2000, de 15 marzo -AC 2000/5195- Fto. Dcho. 2º. Por su parte, Echebarría Sáenz, J.A. *El contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 541-555, sobre la misma base de la comunidad de intereses entre franquiciador y franquiciado, admite la alusión al enriquecimiento injusto, recurriendo al efecto al art. 28 LCA y al propósito de compensación liquidatoria de la norma como criterio de delimitación y estimación del enriquecimiento aplicable a la franquicia. En este sentido, la doctrina civilista entiende que en alguno de los fenómenos de enriquecimiento injustificado la pretensión nacida no es de resarcimiento, sino de restitución de beneficio, *vid.* Díez-Picazo, Luis *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, *op.cit.*, p. 97.

franquicia, algunos provinientes y otros no del franquiciador, se generará una clientela, la cual en cierto modo le es propia⁷⁵⁷.

Como consecuencia, la indemnización por clientela no actúa como reparadora frente a rupturas inapropiadas o ausencias de renovación legítimamente esperadas, sino frente al "desequilibrio patrimonial" en el legítimo aprovechamiento del activo común

⁷⁵⁷ Posición de la Cour de cassation francés, según la cual la clientela puede diferenciarse entre aquella de origen nacional, ligada a la marca y, por lo tanto al franquiciador, y aquella otra de carácter local, perteneciente al franquiciado que la ha creado y desarrollador por la utilización de los medios de los que dispone. Es ésta por la que, según la jurisprudencia francesa más reciente, debe indemnizarse poscontractualmente al franquiciado, puesto que "le pertenece". *Vid.* Cour de Cassation, 3e civ., de 27 de marzo de 2002 y su comentario en Chevrier, E. "Le franchisé a la propriété commerciale du fonds exploité", *Recueil Le Dalloz*, núm. 18, 2002, p. 1487 y s. Respecto de la importancia que debe atribuírsele a la participación de cada uno de los intervinientes en el negocio de la franquicia, franquiciado y franquiciado, no es tarea sencilla determinar la parte correspondiente a cada uno de ellos en la atracción y fidelización de la clientela. Por esta razón, en la doctrina francesa existen posiciones discrepantes con la posición del Alto Tribunal francés, estimando que parece más sencillo y más adecuado a la naturaleza de la franquicia, la consideración de que es el franquiciado el que adquiere la clientela, con independencia de con qué medios, propios o del franquiciador desarrolló su empresa; con lo que poco importa que sea local, nacional, de paso, o fija. En efecto, de forma semejante al inventor que concede una licencia por su invento o al arrendador de negocio en un emplazamiento de calidad, el franquiciador no puede considerarse beneficiario de la clientela generada por los elementos organizados por el franquiciado. *Vid.* el comentario a la misma sentencia en Kenfack, H. "Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux", *Recueil Le Dalloz*, núm. 30, 2002, p. 2400-2402. Efectivamente, si bien el franquiciador concede al franquiciado el derecho a usar su fondo de comercio, esto no debe entenderse como que aquél puede prohibir a este último en la disposición del mismo sin más, caso en el cual el franquiciado no sería más que un simple gerente. El franquiciado lo asume con plena independencia y con el riesgo financiero derivado, de forma que se le debe reconocer una clientela como propia. *Vid.* Comentario a la misma sentencia de Saintourens, B. "La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'une clientèle propre du franchisé, élément de son fonds de commerce", *op.cit.*, pp. 457 y ss.

indicado y producido por la extinción del negocio⁷⁵⁸: el franquiciador, en su virtud, guarda la posibilidad de obtener los frutos de la explotación de su red de distribución, mientras que el franquiciado asiste impotente a la desaparición de su fondo de comercio por el doble efecto de la pérdida de los signos comerciales que le identificaban y el juego de la cláusula de no-competencia que normalmente se le impondrá al acabar el contrato⁷⁵⁹.

La naturaleza de este derecho a la indemnización por clientela del distribuidor sería similar al reconocido en el art. 28 LCA al agente, cuya disposición confirma este principio general pero no encuentra en él necesariamente su fundamento ni precisa su aplicación analógica⁷⁶⁰.

B. CONCLUSIÓN ACERCA DE LA ESTIMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE

⁷⁵⁸ Idea que viene avalada por cierta jurisprudencia en otros contratos de distribución, particularmente en el de concesión, si bien dentro del marco de la indemnización por daños y perjuicios, por lo tanto bajo sus mecanismos de asignación. Así, la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 - AC 2002/1080-, según la que, aún cuando rechaza por inaplicables los arts. 28 y 30 de la LCA, acepta su indemnización cuando se produce la resolución unilateral del contrato de distribución, si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios (STS de 31 octubre 2001).

⁷⁵⁹ Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, p. 253; *vid.*, asimismo, Chazal, J-P., "La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 212; Pigassou, P. "La distribution intégrée", *op.cit.*, pp. 524 y ss..

⁷⁶⁰ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª ed., *op.cit.*, p. 833 y jurisprudencia por él citada. Opción realizada por Echebarría Sáenz, J.A. *El contrato de franquicia*, *op.cit.*, pp. 541-555. J.I. Ruiz Peris, por su parte, fundamenta jurídicamente dicha indemnización indistintamente en la aplicación analógica del art. 28 LCA, o en virtud de la aplicación directa del principio de buena fe, considerando dicha indemnización como una obligación implícita del contrato derivado de la buena fe de acuerdo con los arts. 1258 C.c. y 57 C.com.,

FRANQUICIA: INADMISIBILIDAD DE LA MISMA BAJO SUS PRESUPUESTOS, Y POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA CLIENTELA EN LA VALORACIÓN DEL LUCRO CESANTE.

De los argumentos aportados hasta el momento, se desprende una posición estimativa de la labor del franquiciado respecto de la fidelización de la clientela de la franquicia, cuya compensación económica tras la finalización del contrato sin embargo no encuentra fácil acomodo. Llegado a este punto, es necesario concretar el objeto de nuestro análisis hacia un enfoque práctico, centrándonos en la base jurídica que permitiría o no la concesión de tal indemnización, y en el eco que sobre este aspecto meramente legal encontramos a favor o en contra en la jurisprudencia española.

Las opciones son dos: una, reconocer una verdadera y autónoma indemnización por clientela, de forma análoga a la situación existente respecto del contrato de agencia, cuya normativa, a más ende, ha sido aplicada por determinada jurisprudencia analógicamente a litigios sobre determinados contratos de concesión; dos, incorporar tal elemento, la clientela, como uno de los conceptos que integran la indemnización por daños y perjuicios, particularmente bajo la valoración del lucro cesante.

Razón a favor de la primera de estas consideraciones es el diferente concepto que fundamenta la indemnización por clientela y la propia por daños y perjuicios. Mientras que la primera busca evitar un enriquecimiento injusto, en virtud de un activo construido en común y del que ambas partes deben lucrarse de los réditos generados aún tras la finalización del contrato, la segunda mira la reparación de la lesión causada a un contratante por una obligación

vid. Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *op.cit.*, p. 931.

que debió cumplirse a favor de la contraparte; específicamente, además, el lucro cesante se concreta en el beneficio o ganancia que el acreedor habría obtenido de haberse cumplido la obligación. Como consecuencia, la primera no sólo ha lugar en caso de incumplimiento, sino también en todo caso de finalización contractual que no deba ser razonablemente excluida, mientras que la segunda sólo procederá frente a un incumplimiento del contrato o de una conducta debida en virtud de la relación comercial, como puede ser un preaviso razonable en una relación de duración indefinida como consecuencia de la buena fe contractual aún cuando no esté pactado.

A favor de la segunda posición aboga la ausencia de normativa reguladora del supuesto que ampare la sustantividad de la indemnización, la inadecuación de la normativa propia de la agencia para ser analógicamente aplicada a la franquicia⁷⁶¹ y que, a su vez, la institución del enriquecimiento injusto asimismo se muestra insuficiente para dar solución al tema si bien subyace en el razonamiento indemnizatorio⁷⁶² (podemos decir que esta

⁷⁶¹ Puesto que no existe semejanza que lo justifique entre ambos contratos, según ya abordamos en el epígrafe correspondiente comparativo entre ambas figuras al abordar la naturaleza jurídica del contrato.

⁷⁶² Radicar jurídicamente el fundamento indemnizatorio de la clientela en la acción de enriquecimiento injusto sería técnicamente incorrecto, puesto que, como dice la STS núm. 1266/2003, de 31 de diciembre, *Actualidad Civil*, 2^a quincena de Mayo 2004, <http://authn.laley.net>, "la acción de enriquecimiento injusto es una acción reemperatoria, lo que la distingue de la acción indemnizatoria que tiene una finalidad restitutoria, así lo declara la STS de 21 de febrero de 2003, pues mientras la acción indemnizatoria es resarcitoria, la de enriquecimiento sin causa es, teleológicamente, restitutoria o recuperatoria, siendo evidente la diferencia entre sus elementos estructurales, pues si en la primera son consustanciales el dolo o culpa y el daño, en la segunda resaltan el binomio enriquecimiento-empobrecimiento (que configura su traducción económica) y la falta de causa (de "base" o "razón"), como concepto -jurídico-válvula para determinar la injusticia de la atribución patrimonial o intromisión o injerencia en el patrimonio ajeno". Por el contrario, fundamenta tal acción sobre dicha institución, en algún concreto supuesto, que no explicita, Lázaro Sánchez,

institución inspira el resarcimiento por el elemento "clientela", pero no la fundamenta)⁷⁶³. A estas consideraciones se añade, como un

E.J. "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho, op.cit.*, p. 115.

⁷⁶³ Un obstáculo serio para la asunción sin más de la acción propia del enriquecimiento injusto es que ésta cae cuando el enriquecimiento trae como causa alguna relación negocial entre las partes de la que proviene el beneficio económico de la parte beneficiada (como indica una dilatada jurisprudencia del TS. Así, la STS de 5 de diciembre de 1992, -RJ 1992/10395-, la de 19 de mayo de 1993 -RJ 193/3803-, la de 8 de junio de 1995, -RJ 1995/4908-, entre otras muchas); y ciertamente puede argumentarse que ya explícita ya implícitamente, se entiende que forma parte de las características negociales de la franquicia la cesación del derecho sobre todos los elementos que le es propio para el franquiciado, y su recuperación o readquisición legítima por el titular de la red; en este sentido se pronuncia Ruiz Peris, J.I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]", *op.cit.*, pp. 932 y ss. De esta forma, sólo un incumplimiento o un manifiesto abuso de derecho podría justificar algún tipo de resarcimiento que incluyese la clientela, no ya, por lo tanto, derivado de enriquecimiento injusto por el franquiciador. Por otra parte, si ya se articula en determinada pretensión otras acciones o remedios para obtener el resarcimiento que se persigue con la misma, ésta se hace innecesaria e incompatible, como es el caso cuando se articula de manera principal junto con una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, *vid.* Fto. Dcho 2º SAP Valencia núm. 327/2003, de 22 de mayo, -JUR 2003/189205-. Esto no significa que la acción de enriquecimiento injusto cambie sus requisitos, de forma que se vincule a la idea de culpa o responsabilidad, sino que sus fines se cumplen igualmente de otro modo. De hecho, cuando concurren el enriquecimiento injusto y la reclamación de daños y perjuicios que nace de un hecho ilícito, donde a su vez encuentra aquél su motivación, los conceptos de culpa e imputabilidad y la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño, marcan la diferencia y contraponen ambos conceptos, primando la reparación del perjuicio por lo que es contrario al concepto de enriquecimiento injusto, *vid.* Fto. Dcho. 6º STS de 20 marzo 1990, -RJ 1990/1710-. En el mismo sentido y tremendamente clarificador sobre este punto, en cuanto que se reclama al tiempo indemnización de daños y perjuicios y reparación por el enriquecimiento injusto operado, el Fto. Dcho. 2º de la STS de 12 de diciembre de 1990, -RJ 1990/9995-. Sin embargo, hemos de recabar que se trata de una postura no unánime, y así la STS de 20 de 1993, -RJ 1993/3809-, estima que el ejercicio de la acción por enriquecimiento injusto puede concurrir con otras acciones concluyentes. Conforme a este planteamiento, y en este punto del discurso, queda por esclarecer si cabe y, en su caso, en virtud de qué tipo de acción, indemnización por clientela cuando no ha precedido hecho ilícito alguno, o intervención de culpa o imputabilidad al agente. Por su parte, con antelación a la

problema añadido la valoración de la indemnización por clientela, entendida ésta en su sustantividad propia y cuya cuantificación no ha sido resuelta de forma inapelable en situaciones similares⁷⁶⁴; cuestión fácilmente reconducible si se valora como lucro cesante, en cuanto que éste ha de probarse con indicios serios de verosimilitud, aportando un criterio más objetivo.

Por esta misma razón, y en ausencia de normativa reguladora del supuesto, el mecanismo jurídico de atribución no puede ser la aplicación de la LCA, sino que debe integrar la indemnización de daños y perjuicios como uno de los conceptos asumidos dentro del lucro cesante cuando quede convenientemente acreditado.

entrada en vigor de la LCA, sí que encontraba fundamento en la acción de enriquecimiento injusto para fundamentar la indemnización por clientela Ragel Sánchez, L.F., "La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", *op.cit.*, pp. 82 y ss.

⁷⁶⁴ La cuestión de la cuantía de la compensación por clientela ha sido planteada con relación a la posibilidad de aplicar a los concesionarios analógicamente la normativa propia del contrato de agencia. Efectivamente, el cálculo de la compensación en función de los efectivos márgenes de beneficio obtenidos por el concesionario daría lugar a cuantías muy elevadas, puesto que estos son muchos más altos que las comisiones de los agentes. Por ello se ha propuesto su cómputo sobre una ficción que trasladase a los concesionarios las comisiones que percibiría de ser agente; cuestión bastante problemática, a decir del mismo autor, y cuyos criterios definitivos habrían de irse estableciendo en función de la paulatina jurisprudencia sobre esta cuestión. *Vid.* Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, pp. 360-366. La complejidad aumenta respecto del contrato de franquicia, si cabe, pues si bien puede aplicarse un razonamiento de cálculo semejante en la de distribución, en cuanto quepa distinguir márgenes de beneficio respecto de los productos suministrados por el mismo franquiciador, aún en este caso no podría hacerse sino con notables limitaciones respecto de determinadas franquicias, puesto que no todos los productos objeto de la misma han de ser del franquiciador, dado el caso que el franquiciado pudiese acceder a otros productores autorizados. Por otra parte, tal cálculo aún exige una construcción más ingeniosa en la franquicia de servicios.

Esta aparente incompatibilidad se resuelve en distinguir y separar el razonamiento propio de la causa de la indemnización y, por otra parte, originado el hecho indemnizatorio, la estimación de los elementos indemnizables, entre los cuales se encontraría la clientela, recogiendo una sistematización semejante a la contemplada por el Derecho belga respecto de la concesión exclusiva para el supuesto de resolución unilateral del contrato de duración indefinida⁷⁶⁵.

Esta opción que nosotros defendemos viene avalada por un número importante de pronunciamientos jurisprudenciales recientes en casos de resolución *ad nutum* de contratos de distribución de duración indefinida⁷⁶⁶, marcando una inflexión cuyo

⁷⁶⁵ Art. 3 de la *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961, *supra cit.* Cuya aplicabilidad respecto del contrato de franquicia, no obstante, está bastante controvertida, según ya vimos. Su reconocimiento precisa del modo de terminación del contrato, y de la concurrencia de circunstancias que acreditan el resarcimiento fundado en este concepto; así depende, además de la situación objetiva descrita, de: 1. Que se haya producido un enriquecimiento en el principal derivado del incremento de la clientela debido a la actividad del distribuidor-franquiciado; 2. Que tal incremento sea sustancial y, 3. Que, tras la finalización del contrato, quede ligada al principal.

⁷⁶⁶ Representativa en esta línea jurisprudencial más reciente, en cuanto que su fundamento es sistemáticamente utilizado por sentencias posteriores, es la STS núm. 204/2004, de 18 de marzo -RJ 2004/2147- que, en su Fto. Dcho.4º indicará que, "*lo cierto y verdad es que el hilo conductor de la jurisprudencia, cuando se trata de indemnizar al distribuidor por extinción del contrato debida a la voluntad unilateral del concedente debidamente comunicada con la antelación pactada, está en supeditar esa indemnización a que la decisión del concedente haya sido abusiva o de mal fe... y si bien alguna de estas sentencias parece distinguir la indemnización por daños y perjuicios,... de la indemnización por clientela, no es menos cierto que otras sentencias excluyen también la indemnización por clientela cuando no fuera apreciable abuso ni mala fe de la concedente*". El mismo argumento lo encontramos en la SAP León núm. 58/2005, de 17 de febrero -JUR 2005/76713- (que, a mayor abundamiento, sumando al argumento anterior, concluirá afirmando que "*... En consecuencia, no dándose los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho a una indemnización de clientela, por daños y perjuicios, la pretensión articulada en tal sentido debe ser*

origen cabe situarlo a mediados de los años 90⁷⁶⁷, si bien entonces no era la tendencia mayoritaria⁷⁶⁸, y aún hoy no es uniforme⁷⁶⁹. En

rechazada."); igual en la SAP Valencia núm. 17/2005, de 18 de enero, -JUR 2005/64081-, la SAP Madrid núm. 3/2004, de 30 de diciembre -JUR 2005/55712-, la SAP Barcelona núm. 860/2004 de 22 de diciembre -JUR 2005/60378-, la SAP Madrid núm. 703/2004, de 20 de diciembre -JUR 2005/33919-, la SAP Granada núm. 648/2004, de 10 de noviembre -JUR 2005/51535-, la SAP Guipúzcoa núm. 2266/2004, de 26 de octubre -JUR 2005/7776- (la cual, si bien se apoya en la LCA, lo argumenta en un posicionamiento de cercanía, pues entiende que a la misma conclusión se hubiese llegado desde la mera aplicación del C.c.), la SAP Madrid núm. 582/2004, de 16 de septiembre -AC 2004/2113-, la SAP Madrid núm. 350/2004, de 17 de mayo, -AC 2004/1585-.

⁷⁶⁷ Este cambio de tendencia ha sido señalado expresamente por la jurisprudencia en alguna ocasión, como es el caso de la STS núm. 70/2004, de 5 de febrero, -RJ 2004/639-. *Vid.*, asimismo, la SAP La Rioja núm. 304/2003, de 31 de julio, JUR 2003/242095-, y sentencias concordantes en ella citadas. Según esta última, en su Fto. Dcho. 4º, *"Se ha de destacar que ha existido una importante evolución en la doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad de ser concedida una indemnización por clientela en los contratos de distribución, que se venía admitiendo... Pero la jurisprudencia ha evolucionado, mostrándose en la actualidad contraria a esa posibilidad... Con todo ello queda claro que la doctrina del Tribunal Supremo se muestra contraria a una asimilación entre ambas figuras jurídicas afines, el contrato de agencia y el de distribución de productos en exclusividad, y se muestra contrario a la posibilidad de que en este última pueda existir la indemnización por clientela, salvo que así se haya pactado expresamente en el contrato, aunque sí se admite en los supuesto de resolución del contrato sin justa causa o con abuso de derecho."*

⁷⁶⁸ Efectivamente, una línea jurisprudencial ha venido admitiendo con diferentes matizaciones el elemento clientela como integrante de la indemnización de daños y perjuicios desde mediados de los años 90. Así, *v.gr.*, la SAP Alicante, núm. 997/1999, de 17 de mayo, -AC 1999/1687-, sobre un contrato de distribución en exclusiva, en cuyo Fto. Dcho. 5º se afirma que *"la primera de dichas otras reclamaciones es la indemnización por la aportación de clientela que, ... tiene inicial sustento en que el contrato se había concertado por tiempo indefinido y en que fue resuelto unilateralmente y sin justa causa por parte de la concedente"*. Lo cual se entiende a la luz de lo indicado en su Fto. Dcho. 3º donde resume la posición indicada, según la cual *"...Y pudiendo incluso afirmarse sin grandes dudas que reuniera todas las necesarias para alcanzar la calificación pretendida de contrato de distribución en exclusiva, no cabe olvidar que esta calificación tiene como finalidad principal dilucidar el pretendido derecho de la demandada cuando solicita indemnización por aportación de clientela, con base en la doctrina jurisprudencial que declara existente tal*

tales sentencias se afirma que la naturaleza fiduciaria del contrato determina que pueda resolverse a instancia de cualquiera de las partes, pues su fundamento o razón de ser es la confianza; y el hecho de la resolución unilateral no justifica por sí mismo que se devengue ningún tipo de derecho a indemnización para la otra parte, ni de daños y perjuicios ni por clientela, pues sólo se generan consecuencias indemnizatorias cuando el que resuelve actúa de manera maliciosa, abusiva o contraria a la buena fe⁷⁷⁰.

derecho cuando la denuncia unilateral del contrato de distribución concertado por tiempo indefinido vaya seguida del disfrute por parte del empresario de la clientela aportada por el distribuidor, compensación que se estima procedente como medio de evitar la producción de un enriquecimiento sin causd'. Elemento integrante de la indemnización de daños y perjuicios que, sin embargo, para su cuantificación, el Tribunal acude a los criterios del art. 28.3 LCA, especificando que no como aplicable, sino como criterio interpretativo. *Vid.* también la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080- y la SAP Madrid, de 7 diciembre 1995 -AC 1995/2394-. En el mismo sentido, la SAP Granada núm. 157/2000, de 13 marzo -AC 2000/3512-. Igualmente, la SAP Ávila núm. 260/1995, de 13 diciembre -AC 1996/430- y la SAP Pontevedra núm. 182/1996, de 20 mayo -AC 1996/970-, entre otras muchas.

⁷⁶⁹ La ausencia de uniformidad en la jurisprudencia que alegamos, hace referencia a los pronunciamientos que aún se producen reconociendo una autonomía a la indemnización por clientela, fuera de la mecánica resarcitoria de los daños y perjuicios, y acorde con una sistemática semejante a la operada por la LCA. Así, *vid.* SAP Alicante, núm. 55/2005, de 8 de febrero -AC 2005/236-, la SAP Barcelona núm. 56/2005, de 27 de enero -JUR 2005/81708-, la SAP Vizcaya núm. 805/2004, de 2 de diciembre -JUR 2005/72348-, la SAP Baleares núm. 436/2004, de 28 de octubre -JUR 2004/313375- (si bien el razonamiento utilizado es dudoso, pues tras incluir a la clientela dentro del concepto de daños y perjuicios, funda su fallo en la LCA indicando el diferente sentido de una y otra indemnización), SAP Valencia núm. 145/2004, de 26 de marzo -JUR 2004/170933-.

⁷⁷⁰ SAP Málaga núm. 466/1998, de 2 de julio -AC 1998/1591-, en su Fto. Dcho. 5º. Copiamos el texto por su interés: *"el contrato que ligaba a las partes responde en su naturaleza a los denominados "intuitu personae", que pueden resolverse a instancia de cualquiera de las partes, pues su fundamento o razón de ser es la confianza; y el hecho de la resolución unilateral no justifica por sí mismo que se devengue un derecho a indemnización para la otra parte, pues sólo se generan consecuencias indemnizatorias cuando el que resuelve actúa de manera maliciosa, abusiva o contraria a la buena fe (SSTS de 21 de diciembre*

Producida esta resolución abusiva o de mala fe, es entonces cuando cabrá determinar si debe indemnizarse por la clientela generada y presuntamente no remunerada al franquiciado/distribuidor.

Cabría entender que el activo común "clientela" creado por franquiciador y franquiciado es convenientemente liquidado cuando el contrato finalizó en el plazo previsto o, si fue en virtud de ruptura del del duración indefinida, se otorgó el preaviso pactado o estimado adecuado, de forma que el franquiciado pudo adaptarse convenientemente a la nueva situación. Esto es así puesto que el beneficio correspondiente a la captación o incremento de clientela es el derivado y propio de la venta o servicio prestado a esta misma clientela. Es cierto que perderá el franquiciado el acceso a ella tras la finalización del contrato en la mayoría de los casos, pues lo frecuente es que sigan al franquiciador en la marca que lo representa pero, ahora bien, no es su pérdida lo que debe remunerarse sino, en su caso, la pérdida del beneficio económico

de 1992 -RJ1992/10705- y 16 octubre 1995 -RJ 1995/7408-) y cuando el que entiende que la resolución le causa perjuicio lo alega y lo prueba invocando el pacto o norma en que se apoyó". Efectivamente, como ha repetido la jurisprudencia en numerosas ocasiones, ya citadas, el núcleo del razonamiento indemnizatorio no es la resolución del contrato, sino que se deriva de la consecuencia producida por ésta que se considera relevante a estos efectos, y de algún tipo de fundamentación jurídica -pacto o norma dice la Sentencia- que lo base. Muy descriptiva respecto de la necesidad de la naturaleza de los hechos que justifican la concesión de indemnización, la SAP Segovia núm. 11/2002, de 18 de enero -AC 2002/269-, respecto de un contrato de concesión respecto del cual se solicita indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante) con base en la LCA. Según su Fto. Dcho. 4º, "Los perjuicios por lucro cesante no tienen cabida en el art. 29 LCA... toda vez que el concesionario demandado ha resuelto el contrato con causa en la facultad resolutoria que le otorga el carácter del mismo, de duración indefinida que ligaba a las partes, cumpliendo previamente, con más de seis meses de antelación, con la preceptiva obligación de preaviso, por lo que no puede hablarse de dolo o mala fe en su actuación que le lleve a soportar los perjuicios que por lucro cesante se le reclaman, cuya pérdida está insita en las características del contrato celebrado y que está compensada en los beneficios obtenidos por la duración del contrato,..."

que le correspondería al franquiciado por la labor realizada en su captación o incremento y no remunerada durante la vigencia del contrato. Tal pérdida sólo vendría justificada por una ruptura *ante tempus*, abusiva o por incumplimiento del franquiciador, que exigiese una liquidación de los haberes pendientes y una remuneración del eventual daño producido⁷⁷¹.

El cálculo de la remuneración del concepto "clientela", en cuanto que lucro cesante, comprendería los beneficios por las ventas esperadas razonablemente o los servicios prestados a los clientes y/o usuarios de la franquicia según la estimación de los últimos ejercicios, y previsiblemente producidos si la extinción del contrato no hubiese sido "traumática".

⁷⁷¹ Esta opción también ha sido defendida por M.A. Domínguez García, para el que *"la clientela sólo puede ser comprendida como valor patrimonial en el contexto indemnizatorio de la extinción patológica o irregular de la relación de franquicia o relativamente englobada en la remuneración de la prohibición postcontractual de competencia."*, vid. Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 338. En un sentido análogo, podemos citar a Ragel Sánchez en la postura que indicaba respecto del contrato de agencia en comentario a una STS antes de que dicho contrato tuviese una ley propia reguladora, en una situación similar a la actual del contrato de franquicia. Según éste, en algunos supuestos la brusca ruptura contractual puede originar un perjuicio al agente -léase franquiciado-, *en su aspecto de lucro cesante*: 1. Cuando el empresario principal formula la denuncia sin conceder un plazo de preaviso, el agente tiene derecho a una indemnización basada en el art. 1101 C.c., pues la omisión de la concesión de un plazo de preaviso pactado o en su defecto razonable, supone un incumplimiento contractual. 2. Cuando el empresario representado continúe disfrutando la clientela que el agente le aportó, éste tiene derecho a una compensación al no poder obtener en lo sucesivo el lucro que constituían sus comisiones. El fundamento de esa compensación se encuentra en la acción de enriquecimiento injusto: enriquecimiento y empobrecimiento no dinamam del contrato, sino de la denuncia unilateral. Vid. Ragel Sánchez, L.F. "Comentario a la Sentencia del TS de 19 de septiembre de 1989", *op.cit.*, pp. 860 y ss. La SAP Madrid núm. 350/2004, de 17 de mayo, -AC 2004/1585-, lo expresará del siguiente modo: *"la obligación reparatoria vendrá impuesta, no por la extinción de los efectos del contrato, sino por la de lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario, como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición conlleva para él"*.

Un último elemento de juicio a favor de la integración de la clientela en el ámbito del lucro cesante es precisamente la incompatibilidad repetidamente declarada por la jurisprudencia relativa al contrato de agencia entre ambos conceptos, pues atienden al mismo objetivo resarcitorio⁷⁷².

A tal conclusión se llega desde la constatación de que es el franquiciado quien asume el riesgo de su actividad, retribuyéndose con el margen de reventa del producto distribuido o con la prestación del servicio franquiciado⁷⁷³. Como consecuencia, sólo

⁷⁷² Así, según la SAP Barcelona, de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-, en su Fto. Dcho. 9º *"No cabe en nuestro sistema vigente sobre el contrato de agencia la reclamación del lucro cesante consecuente con las comisiones futuras dejadas de obtener o indemnización del interés positivo. Y tampoco lo tenía durante la vigencia del régimen anterior, pese a los términos del art. 1106 C.c., cuando se reclama además, una indemnización por clientela naturalmente dirigida a compensar al agente su aportación al fondo de comercio del empresario"*. Más explícita, la SAP Granada núm. 626/1996 de 30 septiembre -AC 1996/1730-, en su Fto. Dcho. 8º, rechaza la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por el concepto de lucro cesante, por entender que con dicha pretensión la parte reitera bajo otro concepto la indemnización por clientela. Por último, la SAP Castellón, núm. 511/1999 de 29 diciembre -AC 1999/2558-, en su Fto. Dcho. 5º reitera tal incompatibilidad al afirmar que *"...la LCA no permite sumar a la pretensión de indemnización por clientela la de lucro cesante, pues en el cálculo de la 1ª ya se tiene en cuenta este último concepto"*. Si bien, respecto de este contrato no es extraña la asimilación conceptual que determina su incompatibilidad, habida cuenta que entre los criterios que en su caso han de determinar la indemnización por clientela se cuenta el referente a las comisiones que pierda el agente, según el art. 28.1 LCA, esto es, los ingresos esperados y no logrados, concepto que según el art. 1106 C.c. se denomina *"ganancia que haya dejado de obtener el acreedor"*, es decir, el lucro cesante. Tales comisiones no se producen respecto del franquiciado, con lo que este argumento pierde peso si queda centrado en el distinto origen de la remuneración del agente respecto de aquél. Por esta razón la clientela respecto de la franquicia sólo puede integrar un concepto indemnizatorio demostrable y no se puede inferir sin más de la resolución o extinción del contrato. Así hablaremos con carácter genérico de un beneficio esperado legítimamente y no producido ni causado por motivo imputable al franquiciado o por causa mayor.

⁷⁷³ SAP La Rioja núm. 304/2003, de 31 de julio, JUR 2003/242095-, *cit., passim*.

una resolución no justificada supondría que la ganancia estimada correspondiente al tiempo de vigencia del contrato no cumplido, daría lugar a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios donde el elemento clientela sería valorable como integrante del lucro cesante si la pérdida de ganancia respecto de ésta fuese razonablemente demostrable⁷⁷⁴.

Aún afirmándonos en todo lo expuesto, queremos hacer un breve excursus aquí acerca de un precedente judicial que expresamente ha dictaminado sobre la posibilidad de reconocer una indemnización por clientela al franquiciado, aceptándola. Además, la reconoce compatible con el concepto resarcitorio de lucro cesante. En cuanto a su concreción práctica, afirma no ser de "aplicación matemática" el art. 28 LCA, puesto que hay que tener en cuenta que el producto objeto de la franquicia, por su notoriedad exime de gran parte de la difusión y trabajo de captación del cliente por parte del franquiciado, a quien se hace publicidad por el franquiciador, de forma que el beneficio a que éste hubiera proporcionado aquél, no puede estimarse derivado más que en una pequeña parte de la actividad de la franquiciada⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 575. Como indica la STS núm. 60/2004, de 10 de febrero, *cit.*, en su Fto. Dcho. 1º, "El incumplimiento del preaviso constituye efectivo incumplimiento contractual, por la cual la indemnización de daños y perjuicios procede, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en... Para que la indemnización por clientela pueda tener lugar, no basta el incumplimiento del preaviso,... , sino que partiendo de lo convenido y que se deja reseñado, se hace preciso acreditar que la concedente efectivamente continúa disfrutando y aprovechando la clientela generada por el distribuidor... esta indemnización no procede cuando no hay prueba demostrativa de que la concedente se hubiera servido de la clientela creada por los recurrentes para seguir distribuyendo sus productos y no puede presumirse sin más tal aserto,...".

⁷⁷⁵ SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-. Resultan relevantes al respecto sus Ftos. Dcho. 6º y 7º.

No podemos más que observar con cierto interés este primer pronunciamiento expreso sobre el particular, si bien diferimos de sus conclusiones. Particularmente, en el caso concreto, se calcula el lucro cesante en función de los beneficios dejados de percibir por el tiempo de duración del contrato no transcurrido por la resolución injustificada y extemporánea del franquiciador. A su vez, el cómputo de la indemnización por clientela toma como base un porcentaje del beneficio de la clientela asumida por el franquiciador y que el franquiciado debía haber percibido como fruto de su gestión. A nuestro parecer, por más que ambos cálculos tengan como consecuencia distintas sumas, entendemos que se proyectan sobre el mismo objeto: el beneficio dejado de percibir por el franquiciado y que legítimamente le hubiese correspondido de haber continuado el contrato su duración prevista que, en el caso, siempre sería un porcentaje sobre la clientela de la red al tratarse de un negocio de telefonía móvil.

C. RAZONES PARA UNA PROBABLE EXCLUSIÓN DE LA CLIENTELA COMO CONCEPTO INDEMNIZABLE.

Aún habiendo afirmado que la clientela integraría el eventual lucro cesante del franquiciado cuando procediese en su pretensión indemnizatoria, no obstante, resulta útil volver la mirada al contrato de agencia en sus causas de exclusión de la indemnización por clientela en cuanto forma un cuerpo sistematizado cuya similitud sirve de referente, si bien su utilidad debe entenderse siempre como indicativa, no como patrón⁷⁷⁶. En este caso, por lo

⁷⁷⁶ El razonamiento viene indicado por Echebarría Sáenz, J.A. *El contrato de franquicia, op.cit.*, p. 550, según el cual la similitud reconocida entre el derecho a la indemnización por clientela del distribuidor-franquiciador, y el correspondiente al agente establecido en el art. 28 LCA, permite contemplar al tiempo las causas de su exclusión establecidas en el art. 30 del mismo cuerpo legal, si bien el recurso al mismo no es necesario. Éste recurso de acudir a la LCA como criterio orientativo ha sido utilizado sistemáticamente por la

tanto, consideraremos tales causas de exclusión, no referidas a una presunta indemnización por clientela, sino como motivos genéricos de descarte de tal concepto como indemnizable en el ámbito de los daños y perjuicios y cuya virtualidad respecto de la franquicia valoramos.

Conforme al art. 30 LCA no cabe compensar la pérdida de la clientela cuando la extinción obedece al incumplimiento del agente, cuando es el agente el que abandona la relación contractual voluntariamente –no forzado por el incumplimiento del principal, ni por la edad o incapacidad-, y cuando se ceden con consentimiento del principal los derechos a un tercero.

Una de las cuestiones que justifican la indemnización por clientela es el enriquecimiento injusto. Una de las razones que justifican la pérdida del derecho a ello, es el incumplimiento del agente, comisionista... efectivamente, *a pesar de la existencia material del empobrecimiento, la acción queda excluida en aquellos casos en que el empobrecimiento es imputable al mismo demandante o proviene de una iniciativa suya que no le permite ostentar un justo título. Ocurre así cuando el empobrecimiento deriva de un acto inmoral o de un acto ilícito del mismo empobrecido*⁷⁷⁷.

jurisprudencia con relación a los contratos de distribución, así véase las sentencias citadas en la nota a pie PONER NÚMERO, CON REFERENCIA A AQUELLA QUE INDICO QUE LA CLIENTELA FORMA PARTE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS ...

⁷⁷⁷ Díez-Picazo, Luis *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, op.cit.*, p. 103. La jurisprudencia se ha expresado en numerosas ocasiones indicando la pérdida de cualquier derecho indemnizatorio en el caso de incumplimiento. Así, respecto del contrato de agencia *vid.*, entre otras, SAP Granada núm. 235/1997, de 19 de marzo -AC 1997/558-, SAP Córdoba núm. 248/1999, de 6 de octubre -AC 1999/2083-, SAP Alicante núm. 911/1999, de 3 de junio -AC 1999/5667, SAP León núm. 491/1996 de 21 noviembre -AC 1996/2169-, SAP Badajoz núm. 108/2001, de 17 de abril -AC 2001/901-, SAP Vizcaya núm. 672/2000, de 12 julio -AC 2000/4740-, SAP

La segunda de las razones excluyentes es en el caso de denuncia voluntaria del distribuidor, lo que parece natural habida cuenta que el abandono supone renunciar también a la clientela⁷⁷⁸. De forma análoga, habrá que entender que no cabe indemnización al agente por clientela cuando la voluntad de ambas partes es concluir plena y definitivamente las relaciones existentes por resolución de mutuo acuerdo⁷⁷⁹.

Tampoco procede la indemnización al agente cuando se ceden, con el consentimiento del empresario, los derechos a un tercero. El fundamento de tal exclusión es el entendimiento de que cesión que el agente hace de sus derechos y obligaciones a una tercera persona será, por regla general, retribuida de forma que el agente recibirá del sucesor una cantidad de dinero que cubrirá el traspaso del fondo de comercio⁷⁸⁰. Respecto de la franquicia

Badajoz núm. 108/2001, de 17 de abril -AC 2001/901-. Ahora, bien, como señala la SAP Jaén núm. 407/1995 de 27 de noviembre -AC 1995/2168-, *para que el incumplimiento no dé derecho a indemnización es necesario que el agente realice una conducta obstativa reiterada, una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación que proceda*. Respecto a la concesión de automóviles, se pronuncia en el mismo sentido excluyente de indemnización alguna para el concesionario infractor, si bien no con base en la LCA, la SAP Madrid núm. 434/2002, de 15 de julio, -JUR 2004/234864-, la SAP Barcelona núm. 372/2004, de 26 de mayo -AC 2004/1509-.

⁷⁷⁸ De forma semejante a como aquél que renuncia voluntariamente a su contrato laboral vigente pierde cualquier derecho indemnizatorio sobre el mismo.

⁷⁷⁹ SAP Álava núm. 222/1997 de 4 de octubre -AC 1997/1985-.

⁷⁸⁰ Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, p. 267. Lo cual, como señala este autor, no siempre se corresponde con la realidad, como es en el caso de la cesión del negocio de un padre a un hijo. Con todo, cabe contraargüir, puede que el hijo no le pague por esta cesión a su padre, pero esta circunstancia no afecta al efecto que produce: que una tercera persona adquirirá dicha clientela en beneficio propio, por lo que la condonación no supone más que la renuncia a un derecho, al caso por motivos afectivos, ajenos a las realidades negociales.

existen diversos elementos divergentes de esta realidad que merecen valorarse.

Por el carácter de confianza del contrato de franquicia, tal cesión sólo es posible si existe consuno con el franquiciador. Cuestión que, además, es uno de los elementos relevantes del contenido del contrato⁷⁸¹. Cabe plantearse si procede tal pérdida de la compensación por clientela cuando el franquiciador ejercita el derecho de retracto establecido convencionalmente, y cuando éste recibe un derecho económico de traspaso.

El ejercicio del derecho de retracto supone que el franquiciador recupera la franquicia, aquí limitada al caso de que el franquiciado desee transmitir su negocio, para lo que deberá reembolsarle *"el precio de la venta, al caso el canon de entrada actualizado según el IPC, además de los gastos del contrato y de todos aquellos calificados de necesarios y útiles hechos en el negocio franquiciado"*⁷⁸². Las consecuencias de su ejercicio comportan, de un lado, que sea el propio franquiciador el que recupere el fondo de comercio que hubiere al momento de la recuperación de la franquicia y, del otro, que éste debe pagar una compensación por el uso del derecho de retracto.

Teniendo en cuenta la primera de estas premisas, parece ajustado que el franquiciador compense al franquiciado por el bien inmaterial "clientela" que a ambos ha pertenecido durante la vigencia de su contrato, y que ahora el primero recupera ya sea para su explotación directa o para su cesión a un tercero, por la que también percibirá el correspondiente precio. Sin embargo, tal

⁷⁸¹ Según reconoce el mismo art. 5.3 del Código Deontológico de La Franquicia, *cit.*

⁷⁸² Art. 1507 con relación al 1518 ambos del C.c. Sobre el particular con relación al contrato de franquicia, me remito al apartado correspondiente a la cesión del negocio franquiciado como causa de extinción del contrato, *supra*.

recuperación no es gratuita, sino onerosa, quedando la cuestión en determinar si con el pago por los conceptos previstos se compensa o no el fondo de comercio "en común".

En cuanto hace a los gastos e inversiones necesarias, el concepto se traslada a la posible indemnización por daños y perjuicios en los casos en que por este concepto proceda, y que veremos *infra*; respecto de la referencia al canon de entrada, su existencia y cuantía es variable según la franquicia que se estime y, por otra parte, pretende más bien compensar al franquiciador por los gastos de creación y desarrollo de la franquicia, más que por el fondo de comercio que, salvo en el caso de franquicias muy conocidas, realmente están sujetas a una verdadera labor de captación y fidelización de la clientela por el franquiciado. Consecuentemente, habría que estimar en este caso igualmente la procedencia del cómputo de la clientela, no como concepto resarcitorio, sino liquidatorio integrando así el desembolso por el retractso realizado por el franquiciador.

Para el caso de que la franquicia se cediera a un tercero nuevamente se plantea el tema de la compensación que por ello percibe el franquiciador. Si la cesión está establecida en el contrato, y se pacta un precio por ello, independientemente de que el franquiciador reciba así el eventual perjuicio que se le deriva de cambiar de franquiciado o de explotar la franquicia por él mismo, el franquiciado cesante queda legitimado a que se le liquide en sus haberes comunes, entre los cuales se encuentra la clientela adquirida en común, si así se pacta. De otra forma, en la medida en que éste repercute al cesionario el precio por el traspaso del negocio, el concepto de atribución patrimonial injustificada que es raíz del enriquecimiento injusto, cae ante la compensación que de esta forma obtiene el franquiciado, pues en la cuantía por el

traspaso sin duda se encuentra el bien inmaterial "clientela" generada o incrementada por éste.

En cuanto a la forma jurídica concreta del traspaso del negocio, en cuanto a la repercusión que pueda derivarse respecto de la compensación, las figuras a contemplar son la novación⁷⁸³ o la cesión de contrato.

La característica de la novación es la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con la voluntad de extinguir o modificar la primera⁷⁸⁴. El cambio en el deudor de la obligación, supuesto que contemplamos con referencia al cambio del franquiciado, no alude necesariamente a una extinción de la obligación, sino simple modificación de ésta⁷⁸⁵. Particularmente, operaría por delegación del primitivo deudor, franquiciado, en el nuevo -novación por delegación-, consintiéndolo el acreedor⁷⁸⁶.

Si bien el marco jurídico de la novación nos permite encontrar cierto acomodo al cambio de franquiciado, esta institución no es la más idónea habida cuenta de la naturaleza bilateral y de tracto sucesivo de la franquicia. Respecto de este tipo de contratos ha sido concebida la figura de la cesión de contrato,

⁷⁸³ Art. 1203 C.c.

⁷⁸⁴ STS de 23 de mayo de 1980.-RJ 1980/1960-. *Vid.* también SSTs , entre otras, de 9 abril 1957 (1957/2498), 27 mayo y 3 octubre 1959 (1959/2471 y 1959/3653), 11 febrero 1965 (1965/585), 22 enero y 27 junio 1970 (1970/250 y 1970/3760), y 26 enero 1976 (1976/30)-.

⁷⁸⁵ Si bien, la novación no extintiva de la relación primigenia es calificada como novación impropia. STS de 1 de diciembre 1989, -RJ 1989/8786-.

⁷⁸⁶ Véase el comentario de la novación en Santos Briz, J. "De la novación", *op.cit.*, p. 422-443, con referencia a la novación subjetiva por cambio de deudor y a la cesión de contrato, particularmente las pp. 428 y s.

como una combinación de cesión de crédito y asunción de deuda⁷⁸⁷.

Desde el momento que la cesión deviene eficaz, cedente – franquiciado- y contratante cedido –franquiciador-, quedan liberados de las obligaciones recíprocas perdiendo también los derechos nacidos en su favor como consecuencia del contrato. Ahora bien, la liberación indicada no puede tener efecto retroactivo; se produce *ex nunc* y no *ex tunc*. Tratándose de un contrato de ejecución continuada o periódica, que ha tenido ya una ejecución parcial, el cedente continúa obligado a cumplir las obligaciones correspondientes al periodo anterior a la cesión y, correlativamente, podrá exigir del contratante cedido la satisfacción

⁷⁸⁷ Figura ésta de la *cesión de contrato que permite que circule y se transmita una relación contractual en su complejo o en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno de una serie de transmisiones separadas en los elementos activos (cesión de créditos) y de los elementos pasivos (asunciones de deuda)*. Por esto mismo es necesario que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas y total o parcialmente pendientes de ejecución, pues en caso contrario derivaría de él únicamente un solo crédito y una sola deuda, con lo que habría una cesión del crédito o una asunción de deuda sin más. De esta forma, los contratos cuyo perfil es idóneo para ser cedidos son los de duración, sin que sea obstáculo alguno, salvado el consentimiento de las partes intervinientes, los de naturaleza personal o *intuitu personae*. Vid. Díez-Picazo L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, pp. 873 y ss. La procedencia y admisibilidad de la cesión del contrato ha sido construida por el TS al amparo del art. 1255 C.c.. Cesión del contrato que excluye la novación que supondría como propia sustitución de un contrato por otro, que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones; por el contrario, la cesión implica un acuerdo de voluntades a tres bandas, el cedente, el cesionario y la del contratante cedido, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero con todo lo explicitado en él, sin que suponga la sustitución por otro posterior como es el caso de la novación en sentido propio. Relativas al concepto y requisitos para la validez de la cesión del contrato, *vid.* SSTs de 7 de octubre de 2002 -RJ 2002/9801-, de 19 septiembre 2002 -RJ 2002/8561-, de 21 diciembre de 2000 -RJ 2000/10132-, de 9 diciembre 1997 -RJ 1997/8967-, de 4 febrero 1993 -RJ1993/825-, entre otras.

de aquellas prestaciones cuya contraprestación hubiese efectuado⁷⁸⁸. Es difícil que se produzca en la práctica la necesidad de satisfacer como liquidación pendiente algún tipo de concepto remuneratorio que englobe o comprenda a la clientela poseída en común durante la ejecución del contrato, con referencia al contrato de franquicia, habida cuenta que la cesión es onerosa salvo pacto en contrario, de forma que la justificación por la clientela no compensada debe ser probada.

B.3. La indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la finalización del contrato de franquicia.

A. PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO COMPARADO DE NUESTRO ENTORNO.

En el Derecho alemán, la indemnización por inversiones, con especial relevancia respecto de los contratos de distribución, se justifica en función de la relación duradera entre las partes, con la consiguiente obligación del distribuidor de velar por los intereses comerciales del empresario, características que configura un especial deber de lealtad y confianza recíproca entre las partes⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ Díez-Picazo L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, op.cit., pp. 882.

⁷⁸⁹ Como afirma la doctrina alemana, así, v.gr., Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, op.cit., pp. 171 y ss., su fundamento jurídico se encuentra en el art. 242 BGB, según el que el obligado a la prestación está obligado a ejecutarla según los principios de buena fe y confianza, teniendo en cuenta los usos del tráfico. Vid. texto original en <http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html>. La jurisprudencia, con relación a la franquicia, lo ha aplicado en repetidas ocasiones, Vid. así, por ejemplo, la Sentencia BGH del 17. 12. 1998 - I ZR 106/ 96 (Lexetius.com/2001/8/450); y la Sentencia BGH de 17. 7. 2002 - VIII ZR 59/ 01; OLG Stuttgart (Lexetius.com/2002/10/280). De alguna forma, se configura esta compensación como cierta garantía o salvaguardia en el proceso de transformación del negocio

En su virtud, la lealtad debida entre las partes queda lesionada cuando el ejercicio de la denuncia del contrato de duración indeterminada (*ordentliche Kündigung*), no se haya permitido amortizar aquellos gastos o inversiones realizados en la confianza de que éste duraría más tiempo con relación a aquellas inversiones que le vengan impuestas al distribuidor por el empresario⁷⁹⁰. Tal deber de fidelidad se cumple en la concesión de un plazo de preaviso que preceda a la resolución del contrato, y en su virtud se ampara la función empresarial del franquiciado, en cuanto a su capacidad de adaptación⁷⁹¹.

Queda excluido de tal derecho indemnizatorio, tanto la llamada resolución del contrato extraordinaria (*außerordentliche Kündigung*)⁷⁹², justificada cuando existe un motivo relevante que

que va a tener que afrontar el franquiciado tras la cesación del negocio *Vid.* también en Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, pp. 177 y s.

⁷⁹⁰ Martinek, M. *Moderne Vertragstypen*, *op.cit.*, p. 133-139; Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, pp. 166 y ss. Si bien tal concepto indemnizatorio ha sido también criticado, como explicita este último autor en la obra citada en sus pp. 180 y ss., puesto que en la práctica siempre se precisa de tiempo para amortizar las inversiones exigidas por el principal, de forma que el franquiciador sólo podría resolver o bien a través de una resolución extraordinaria (*außerordentliche Kündigung*, en referencia a aquella que tiene su origen en un motivo relevante) o bien a través del pago de la cantidad equivalente o compensatoria de tal concepto, lo que convertiría el sistema distributivo en ineficiente. En la doctrina española *vid.*, Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, p. 286-291

⁷⁹¹ Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, *op.cit.*, p. 180. Este plazo de preaviso, según afirmábamos, se fundamenta jurídicamente en lo dispuesto en el art. 89 HGB, y que, cuando existe un motivo relevante que impide la continuidad del contrato excluye su observancia en virtud de lo dispuesto en el art. 89a. 1. HGB,

⁷⁹² Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, p. 166. Respecto de la resolución unilateral ordinaria y extraordinaria del contrato en

impide la continuación del contrato, así como en el caso del término del contrato por expiración natural del plazo pactado⁷⁹³.

A pesar de la proximidad de las legislaciones en este tema, como en otros relativos a la extinción del contrato de franquicia, la solución al tema está irresoluto o permanece confuso en Austria⁷⁹⁴.

Un razonamiento semejante, aunque menos elaborado, cabría inferir del Derecho italiano en la materia. Concretamente, la reciente Ley aprobada sobre el contrato de "afiliación comercial" o franquicia, recoge la obligación precontractual en el contrato de duración determinada de garantizar por escrito el franquiciador al franquiciado una duración mínima suficiente para amortizar la inversión la cual, en cualquier caso, no podrá ser inferior a tres años. Previsión cuya única salvedad es para el caso de incumplimiento de alguna de las partes⁷⁹⁵.

Esta previsión se enmarca en el contexto de información precontractual de necesario cumplimiento que el franquiciador ha de suministrar al eventual franquiciado. El comportamiento debido

Derecho alemán, y la necesidad de observar o no el preaviso, *vid.* Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 26 y ss, así como las pp. 38 y ss.

⁷⁹³ Si bien, la doctrina más reciente afirma que el tiempo admisible de duración del contrato es aquél que permite amortizar las inversiones realizadas en el negocio según las instrucciones dadas por el principal, de forma que queda abierta la posibilidad de reclamar este tipo de indemnización cuando se considere que no ha sido así, aún habiendo expirado el contrato por finalización del tiempo consignado en el contrato. Posición citada en Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages*, *op.cit.*, pp. 164 y ss.

⁷⁹⁴ Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising*, *op.cit.*, p. 113 y s.

⁷⁹⁵ Art. 3.3. de la "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", *cit.*. Si tal previsión es incumplida, procederá la oportuna indemnización de daños y perjuicios según el art. 1223 y ss. C.c. italiano. Si, además, la información sobre la duración del contrato suministrada ha sido falsa, la otra parte podrá reclamar la anulación del contrato en el sentido del art. 1439 del C.c. italiano además del resarcimiento indicado.

de aquél respecto de este último ha de estar inspirado en los principios de lealtad, corrección y buena fe⁷⁹⁶.

Por otra parte, tal norma no hace más que consignar una realidad ya predicada por la doctrina y la jurisprudencia de aquel país. Efectivamente, como ya hemos indicado en el apartado relativo a la duración mínima del contrato de franquicia, ya sea ésta de duración determinada como indeterminada, la vida de éste ha de alcanzar, al menos, el tiempo necesario para amortizar las inversiones efectuadas para adaptarse e introducirse en el ciclo distributivo o productivo del franquiciador; periodo fijado en un plazo que oscila entre los tres y los nueve años, según el esfuerzo particular requerido por cada red de franquicia⁷⁹⁷

La cuestión dista de estar resuelta en este país, con referencia al fenómeno indemnizatorio. Respecto de la indemnización por clientela no encuentra acomodo legal ni apoyo doctrinal, y respecto de la contemplada por daños y perjuicios (aspecto propiamente resarcitorio), si bien ha sido más fácilmente justificada por los autores, no existe una solución unívoca o claramente expresada ni doctrina jurisprudencial que sienta el problema, más allá de alguna sentencia aislada, contraria por otra parte a la indemnización postcontractual⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ En virtud del art. 6 de la Ley sobre franquicia *cit.*, con relación a lo dispuesto con carácter general como obligación precontractual en el C.c. italiano (art. 1366 y concordantes).

⁷⁹⁷ *Cfr.* los autores citados en los apartados *supra* desarrollados sobre la duración del contrato, así Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, *op.cit.*, p. 138 y s. y Frignani, A. "Termination of franchise and distribution agreements in Italy", *JIFDL*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 66.

⁷⁹⁸ Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, *op.cit.*, p. 1140-143. Los intentos de este autor para justificar la indemnización por daños y perjuicios son cautelosos y no muestran una posición firmemente partidaria de su concesión; entre los razonamientos aportados, valora la

En este espíritu de reforzar jurídicamente la justa confianza en lo pactado, lo que incluye el plazo de duración del contrato, en el país galo el Código de comercio imputa a su autor y le obliga a reparar el daño causado, la ruptura brusca sin causa justificada, incluso parcial, de una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio para acuerdos interprofesionales. Habida cuenta, además, que en el caso frecuente en la franquicia que la provisión de productos vaya bajo la marca del franquiciador, la duración máxima del aviso previo será doble de la que sería aplicable si el producto no fuera suministrado bajo la marca de éste⁷⁹⁹.

Consecuentemente, la jurisprudencia francesa ha estimado las pretensiones indemnizatorias de un franquiciado que vio frustradas sus legítimas expectativas de amortizar las inversiones efectuadas en el plazo previsto de duración del contrato de franquicia, debido a la resolución anticipada imputable al franquiciador⁸⁰⁰. En esta misma línea, llevada a un notable extremo

existencia de pacto de no-competencia, tras la finalización del contrato, pero tampoco como base inequívoca de tal indemnización, para lo que debe concurrir, además, en la concreta situación, un grave perjuicio para el franquiciado, y además haberse pactado la cláusula sin compensación económica. Por su parte, C. Rizzoli se limita a constatar la existencia de una sentencia que niega al franquiciado cualquier tipo de indemnización por este motivo, sobre la única base de la inadecuación de la aplicación analógica del estatuto del agente al franquiciado (Sentencia del *Tribunale di Como*, de 4 de marzo del 2000). *Vid.* Rizzoli, C. "Aspetti contrattuali: Le clausole scatenanti le controversie", *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Unidroit: Roma, 2001, p. 48.

⁷⁹⁹ En virtud del art. L. 442-6, I, 5º del Código de comercio *supra cit.*.

⁸⁰⁰ CA Rouen, 2 Ch. Civ. 22 septiembre 1994, *La Semaine Juridique (JCP)*, 1995, p. 41. En sentido análogo, la Cour d'appel de Liège, en Sentencia de 19 marzo 1998, estimó que la ruptura de los contratos de franquicia sin preaviso suficiente, causa un perjuicio a los franquiciados que, como consecuencia, deben

de sus posibilidades, consideró abusiva la conducta de un franquiciador que había concedido un preaviso de dos años al franquiciado ya que, este periodo de tiempo, aunque largo, no era suficiente para permitir la amortización de las inversiones efectuadas⁸⁰¹. La finalidad perseguida pretende no disminuir las oportunidades de reconversión del concesionario en el marco de actuación según un parámetro de equidad determinado por el art. 1135 del Código civil francés⁸⁰². Sólo los desequilibrios causados por un abuso de poder económico deben ser tenidos en cuenta por el juez; es a la luz de la buena fe como debe apreciarse la ruptura del equilibrio contractual⁸⁰³.

B. HECHOS CAUSANTES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CON OCASIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La evaluación de los daños y perjuicios en los casos previstos producidos con ocasión del contrato de franquicia, más concretamente de su extinción o no-renovación, debe valorarse según las reglas del Derecho común.

Así, según el art. 1101 C.c., "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de

obtener la correspondiente indemnización. *Cit.* en Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000, op.cit.*, p. 112.

⁸⁰¹ Cass. Com. 20 enero 1998, *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 4, 27 enero 1999, p. 220-222.

⁸⁰² CA Paris, 5e ch. B, 11 febrero 1999, *La Semaine Juridique (JCP)*, 1999, p. 208.

⁸⁰³ Chazal, J-P., "La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 212.

aquéllas". De forma que el acreedor tiene que demostrar la culpa, el dolo, la mora del deudor o la contravención, y también la existencia del perjuicio y su cuantificación⁸⁰⁴. El daño o perjuicio es el elemento desencadenante de la responsabilidad por incumplimiento imputable, de forma que no hay que indemnizar si no hay sujeto que haya sido perjudicado, por más que la actividad del deudor haya sido reprochable jurídicamente⁸⁰⁵.

Como consecuencia, el hecho determinante de la indemnización no es la terminación en sí misma. Al fin y al cabo, no puede darse por supuesto que un contratante haya de lograr los mismos beneficios de un contrato vigente que de uno extinguido o que las consecuencias del cumplimiento correcto de una obligación

⁸⁰⁴ Para que proceda el resarcimiento no es suficiente el incumplimiento de un contrato, ni tampoco la mera causación de un acto ilícito, sino que además ha de producirse un daño. A este respecto, como ya hemos señalado en el apartado relativo al incumplimiento del franquiciador, han de excluirse los daños por frustración de esperanzas. *Vid.* Santos Briz, J. "Comentario al art. 1101 C.c.", en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), vol. 6, Barcelona: Bosch, 2000, p. 96.

⁸⁰⁵ En expresión de la SAP Madrid núm. 482/1999, de 4 junio -AC 1999/1472-, en su Fto. Dcho 4º, "*Sólo se podrán indemnizar daños y perjuicios cuando efectivamente se hayan producido y estén causados por la persona demandada (STS 16 octubre 1995 -RJ 1995/7408-), sin que la resolución requiera una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento (STS de 8 noviembre 1995 -RJ 1995/8637-, comentada por Moralejo Menéndez, I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala 1ª- de 8 de noviembre de 1995", RDP, feb. 1997, pp. 139-154)*". Por lo tanto, no cabe inferir el derecho a indemnización únicamente en el caso de incumplimiento de la obligación debida en virtud del contrato, sino asimismo cuando sencillamente se derive un perjuicio para la contraparte derivado de la resolución, con ocasión, por ejemplo, de no haber concedido el oportuno preaviso o haber resuelto a pesar de haber inducido al franquiciado a la realización de fuertes inversiones en previsión de la previsible continuidad. En el mismo sentido, *vid.* la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 304/2003, de 23 de junio, -AC 2003/2348-, *passim*, que respecto de un contrato de distribución en exclusiva declara improcedente la indemnización de daños y perjuicios reclamada por resolución unilateral del contrato, puesto que se concedió un plazo de preaviso razonable, además de no quedar acreditados los perjuicios al distribuir la concedente otros productos.

hayan de ser las mismas que las del incumplimiento, puesto que eso significaría hacer una interpretación de los contratos conducente al absurdo. Por otra parte, no puede ignorarse que la pérdida de la contraprestación es el resultado normal e inevitable de la terminación de cualquier contrato bilateral y que tal situación no produce por sí misma y sin más obligación de reparar o resarcir mientras no se acredite que a su vez se dan unos resultados económicos que sobreviven a la relación jurídica misma o cualquier elemento objetivo o subjetivo que haya perturbado la normal relación entre prestación y beneficio propias de toda operación comercial⁸⁰⁶.

En el contrato de franquicia, la jurisprudencia entiende que tal daño o perjuicio se produce cuando se da por terminada la relación antes de tiempo sin motivo alguno, de manera maliciosa o contraria a la buena fe, pues los derechos del franquiciado, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje y otros derivados de la ejecución del negocio, no pueden ser ignorados, debiendo proceder un preaviso necesario o causa la justifique la terminación *ante tempus* del contrato (incumplimiento de la contraparte, fuerza mayor, etc.) y

⁸⁰⁶ La cursiva es nuestra en atención a la cita literal tomada del Fto. Dcho. 4º de la SAP Madrid, de 7 diciembre 1995 -AC 1995/2394-. Párrafo en el cual entendemos resumido el nudo gordiano de la procelosa cuestión de la procedencia de indemnización con ocasión de la extinción del contrato: lo esencial no es esta circunstancia, sino el perjuicio ocasionado o el beneficio legítimo dejado de obtener tras su ruptura. En el mismo sentido, con relación al contrato de concesión, se ha expresado la SAP Barcelona, de 23 mayo 2003, -AC 2003/1714-, según la cual "*no se trata de que el concesionario -en este y aquel caso- pueda obtener una indemnización por el daño y los perjuicios que le causa la resolución del contrato por sí misma, sino por aquellos que la actuación abusiva del concedente le ha podido causar. Por tanto, sólo si la resolución unilateral merece aquella consideración, estará obligado a indemnizar al concesionario por los perjuicios causados*".

las correspondientes liquidaciones de las relaciones comerciales⁸⁰⁷, encuadrándolo así en la línea ya marcada, con alguna matización, respecto de otros contratos de distribución, como el de comisión mercantil⁸⁰⁸, o el de distribución⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Valenzuela Garach, F.J., "El Contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral", *op.cit.*, pp. 1315 y ss. Quizás salvo en el caso de que las partes hayan previsto una cláusula penal para el caso de incumplimiento del preaviso, la indemnización que procede cuando éste no se ha observado no implica una opción entre el pago de esta cuantía y su observancia, sino un resarcimiento de todos los daños ocasionados. *Vid.* Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 232 y ss. Un caso concreto puede verse en los diversos casos suscitados con ocasión de la mercantil Retevisión, ante los tribunales de Barcelona, y todos con el mismo origen: *vid.*, *v.gr.* el Fto. Dcho. 2º SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *op.cit.*, p. 128. La franquiciadora Retevisión Móvil, S.A. pretendió un cambio de remuneraciones para los productos prepago, modificación sustancial del contrato de franquicia, con independencia de su aceptación por los franquiciados de la red. Como consecuencia, algunos de ellos no aceptaron, y la franquiciadora resolvió sus contratos alegando incumplimientos basados en diversas circunstancias. Estos casos llegaron a los tribunales, los cuales entendieron injustificadas las resoluciones efectuadas y, por consiguiente, condenaron a Retevisión Móvil, S.A. a indemnizar el daño emergente, el lucro cesante e, incluso, stocks recomprados. Sobre este problema concreto, *vid.* la SAP Barcelona núm. 427/2004, de 23 de junio -JUR 2004/220394-, SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-, la SAP Barcelona núm. 440/2004, de 10 de junio, la SAP Barcelona de 13 febrero 2004, -JUR 2004/92693- y la SAP Barcelona núm. 700/2003, de 28 de octubre, -JUR 2003/260027-, ambas *cit.*.

⁸⁰⁸ Respecto del contrato de comisión mercantil, la jurisprudencia viene entendiendo la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios ante la inexistencia de justa causa de la resolución unilateral (entendida cuando la denuncia fue precedida de preaviso o temporalmente éste fue insuficiente, lo que supone un ejercicio abusivo del derecho de resolución unilateral establecido en el art. 279 C.co.), en una tradicional doctrina del TS de la que es exponente la Sentencia de 21 de diciembre 1963 (RJ 1963/5363), según la cual, "*cuando se ha establecido un plazo de duración... la facultad de revocar subsiste, mas si se impone antes de la expiración del plazo sin haberse demostrado justa causa dimanante de lo pactado por parte del mandatario o comisionista, entonces el comitente debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasione.*" La conducta sancionada en este contrato es el enriquecimiento injusto del comitente por las gestiones conducidas por el comisionista y de las que éste no se beneficia en virtud de la resolución *ad nutum* operada *ex art.* 279 C.co. (así, *vid.* en sede de Audiencia la sentencia de la

Precisando la cuestión, la resolución de un contrato de duración indefinida para ser válida en principio no precisa preaviso ni advertencia alguna, sin perjuicio de que caso de producirse ésta sin mediar comunicación previa el concedente deba indemnizar los daños y perjuicios que esa falta de preaviso irroge al distribuidor /

SAP Córdoba, de 2 abril 1992 -AC 1992/618-, así como las SSTs de 18 marzo y 28 mayo 1966 (RJ 1966/1288 y RJ 1966/2842), y la STS, de 19 diciembre 1985 -RJ 1985/6600-, y la STS núm. 166/1998, de 3 de marzo -RJ 1998/1129-. En contra de esta mayoritaria posición, encontramos alguna sentencia que estima que *"habida cuenta de que la revocación del contrato de comisión mercantil no exige de preaviso al ser revocable en cualquier momento (art. 279 C.co.), ninguna indemnización puede ser concedida a favor del actor por la falta de preaviso de la demandada"*, si bien el fundamento denegatorio de la pretensión del comisionista no es la razón aportada, sino la falta de prueba acerca del enriquecimiento injusto alegado, *vid.*, la SAP Vizcaya núm. 217/2000, de 7 de marzo -AC 2000/1073-.

⁸⁰⁹ Así, *v.gr.*, recientemente se ha pronunciado el TS respecto de un contrato de distribución sin exclusiva sobre la base de una inveterada línea jurisprudencial no contestada, afirmando que *"el incumplimiento del preaviso constituye efectivo incumplimiento contractual, por lo cual la indemnización de daños y perjuicios procede, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la sentencia de 22 de marzo de 1988 -RJ1988/2224- y mantenida en las posteriores..."*; *vid.* la STS núm. 622/2003, de 26 de junio, -RJ 2003/4308-, referida a un contrato de distribución en exclusiva según la que *"Se ha de aplicar el referido art. 1101 cuando se ha producido resolución unilateral por parte de la concedente, no obstante estar previsto en el contrato..., pero que resulte arbitraria y con daño para la otra parte"*. El fundamento es fiduciario, ya que *"sobre todo, por su carácter continuado o de tracto sucesivo (...) condiciona a la observancia de una mutua confianza o respeto a lo pactado en los términos de la buena fe, affidamento, de tal modo que cualquiera que sea aquella libertad resolutoria habrá de respetarse ese módulo de impedir quebrantos o perjuicios en la posición que ocupa el efecto por la decisión extintiva de la contratante"*. De idéntico modo se expresa la STS núm. 60/2004 de 10 de febrero, -RJ 2004/748-. También en sede de audiencias provinciales encontramos pronunciamientos en este sentido, y así la SAP Jaen núm. 171/2003, de 13 de junio, -JUR 2003/190356-, la cual, no obstante, funda la pretensión indemnizatoria en los puresupuesto de la LCA, en una práctica no usual; así, afirmará que *"De dicha doctrina se deduce que los criterios de la ley de contrato de agencia, sí son aplicables por analogía al contrato de autos, aún como orientadores, pues ciertamente los contratos son claramente distintos; y en relación con los presupuestos del art. 22 de la Ley, es evidente que sí se dar"*.

franquiciado. La razón se encuentra en que se admite la posibilidad de que esa falta de preaviso pille sorpresivamente al distribuidor / franquiciado y que éste precise un tiempo para reorganizarse, reestructurarse, adaptar su actividad empresarial a las nuevas circunstancias, incluso tener que buscar nuevos concedentes / franquiciadores⁸¹⁰.

Fuera de este planteamiento, se sitúa el caso del incumplimiento contractual del franquiciador, circunstancia generadora de su propio mecanismo de indemnización⁸¹¹. Producida la inejecución grave de la obligación relevante del contrato que causa la extinción del contrato y, por ende, que actúa como *causa petendi* de la correspondiente indemnización, la jurisprudencia no ha admitido la facultad exoneratoria de responsabilidad que en muchos contratos ha sido consignada e impuesta por la parte "fuerte" del mismo; y más porque "*respecto del llamado contrato de adhesión -cual es evidentemente el que dio origen a los presentes autos- cualquier duda que pudiera ofrecerse, ha de ser resuelta en contra de quien dicte las*

⁸¹⁰ Uría, R., *Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 740. *Vid.*, también, SAP Asturias núm. 229/2003, de 12 de mayo, -JUR 2003/232564-. Si bien, en alguna ocasión, la jurisprudencia se ha mostrado reacia a admitir consecuencias a la "*forma precipitada de realizarse el preaviso*", puesto que "*el que se hubiese hecho con una mayor anticipación... no habría creado una situación diferente del que per se produce la propia rescisión unilateral y que no es indemnizable*"; *vid.* STS núm. 43/2004, de 9 de febrero -RJ 2004/1189-.

⁸¹¹ Benavente Valdepeñas, E. "Los contratos de distribución comercial", *Derecho de los Negocios*, núm. 122, nov. 2000, p. 54. El incumplimiento del franquiciado es causa de resolución *ex art.* 1124 C.c., que da lugar a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Así, el caso de la SAP León núm. 243/2003, de 1 de julio -JUR 2004/14633-, *cit.* Semejante fundamento es presupuesto genérico de indemnización contractual y, particularmente, respecto de los de distribución, donde hemos encuadrado al de franquicia, como señala la SAP Palencia núm. 296/1999, de 18 de octubre -AC 1999/2213-, ante la "*situación de incumplimiento contractual con lesiones patrimoniales para el distribuidor, provocadas única y exclusivamente por el concedente (por el incumplimiento de sus obligaciones)*".

condiciones de aquél, según norma de interpretación universalmente aceptada"⁸¹².

Si el incumplimiento es señalado como hecho generador de indemnización, con mayor razón cabe afirmar si éste se debió a dolo de la parte, puesto que, si una parte rehusa realizar la obligación que le incumbía o la realiza mal, ocasiona un daño a la otra parte y nace así una obligación que sustituirá en todo o en parte a la preexistente, que no es otra que la de reparar el perjuicio causado con la inejecución o por su defectuoso cumplimiento. El Código civil no da una noción de dolo en el incumplimiento de la obligación, pero en el art. 1107 no desconoce y contrapone el deudor de buena fe al que actúa con dolo, como equivalente a mala fe, no siendo preciso para ello la voluntad de dañar o "*animus nocendi*", siendo bastante la voluntad consciente de incumplir⁸¹³.

Cuando de dolo de ejecución contractual se trata, el art. 1101 sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados, al igual que a los que incurren en negligencia o morosidad o de cualquier modo contravinieren el tenor de la obligación, pero a diferencia de estos otros incumplimientos, la responsabilidad procedente de dolo es exigible en toda clase de obligaciones y la renuncia a hacerla efectiva es nula⁸¹⁴. Se trata de una acción de resarcimiento cuyo objeto es la indemnización de daños y

⁸¹² Vid. Fto. Dcho. 3º de la STS, de 15 noviembre 1989 -RJ 1989/7881- que, recoge en su apoyo, las sentencias, también del TS de 18 de mayo de 1954 y 22 febrero 1985 -RJ 1985/742-. Si bien referidas a contratos de distribución el argumento lo estimamos válido y aplicable *mutatis mutandi* a la franquicia.

⁸¹³ STS núm. 1011/1999, de 30 noviembre -RJ 1999/8439-.

⁸¹⁴ Art. 1102 C.c.

perjuicios que tiene al alcance el resarcimiento total, mientras que la derivada de negligencia es moderable⁸¹⁵.

No obstante, ya sea por resolución realizada abusando de la buena fe, o por incumplimiento del franquiciador, trataremos conjuntamente las condiciones de admisibilidad de la indemnización correspondiente, matizando las aplicaciones concretas donde procedan.

El plazo para el ejercicio de la acción es de quince años (plazo de prescripción)⁸¹⁶.

C. CONSECUENCIAS EN EL ORDEN DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS DE LA ILICITUD DECLARADA CON OCASIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE COMPETENCIA DESLEAL.

Como consecuencia de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica con relación a la resolución o no-renovación del contrato de franquicia, se derivan distintas consecuencias en el orden resarcitorio según se haya articulado el mecanismo establecido en la LCD o en la LDC.

Respecto de esta última, la empresa dependiente puede solicitar ante los tribunales ordinarios la indemnización de orden civil por daños y perjuicios que en su caso proceda, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos expresados en la LDC y que puede

⁸¹⁵ Cfr. el art. 1106 C.c. con referencia al art. 1107, y éstos con relación al art. 1103 del mismo cuerpo legal.

⁸¹⁶ En virtud del art. 1964 C.c., que señala el plazo para el ejercicio de las acciones personales que no tuviesen señalado término especial, y aplicable a las acciones para exigir la responsabilidad derivada de culpa contractual según ha señalado en repetidas veces la jurisprudencia (SSTS de 31 mayo 1985, de 4 de octubre de 1985, de 30 de septiembre de 1984, de 26 enero 1984, de 3 diciembre 1981 y de 14 marzo 1981), todas ellas citadas en Menéndez Hernández, J., "Comentario al art. 1964", en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 9, Barcelona: Bosch, 2000, p. 530.

ejercitarse una vez firme la declaración en vía administrativa por el TDC y, en su caso, jurisdiccional⁸¹⁷. Si bien, es destacable sobre la efectividad real de esta posibilidad, que todo el *iter* que supone agotar la vía administrativa, incluso jurisdiccional, y desde ahí iniciar el ejercicio de la acción de daños y perjuicios ante el juzgado de primera instancia, implica que pasen varios años, restando efectividad práctica a la legítima aspiración de la parte perjudicada⁸¹⁸. De cualquier forma, hay que tener presente la difícil

⁸¹⁷ En referencia a un acto de competencia desleal que, sancionado por el TDC, concluye con la imposición de la correspondiente sanción económica pero que, al tratarse de un Tribunal administrativo, no fijará las responsabilidades civiles en que ha incurrido la sancionada por los daños causados por su ilícita actuación, y que pueden invocarse ante los tribunales ordinarios. Así, *vid., v.gr.*, la SAP Baleares núm. 120/2003, de 21 de febrero, -JUR 2003/196646-, espec. en su Fto. Dcho. 4º, y referente a la aplicación del art. 13.2. LDC, en virtud del cual, "*La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles*".

⁸¹⁸ Vid., sobre el particular, el trabajo de Estupiñán Cáceres, R. "El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones", *op.cit.*, pp. 63-76. Plantea esta autora la desigualdad injustificable que se deriva de la reparación de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust* (que precisa la previa declaración firme de ilicitud por parte del TDC), de la que resulta de los ilícitos desleales sin dicha relevancia, ya que estos obtendrían una pronta reparación vía jurisdicción civil ordinaria ex. art. 18.5º LCD, *vid. Ibidem*, p. 70. Subsana esta disfunción en una reinterpretación del art. 13.2 LDC, a partir de la constatación de que el verbo recogido en dicho apartado que permite ejercitar la acción de resarcimiento se expresa en términos potestativos -*la acción de resarcimiento...podrá ejercitarse...una vez firme...-*. Como consecuencia, dicho artículo se limita a evitar la necesidad de tener que demostrar ante la jurisdicción ordinaria la existencia de la infracción cuando ya se dispone de un previo pronunciamiento del TDC; lo cual no impide, en otro caso, que un demandante alternativamente acudiera a la jurisdicción ordinaria para que, declarando el mismo órgano jurisdiccional la existencia de la infracción, concediera la indemnización de los daños. *Vid. Ibidem*, p. 72 y ss., y doctrina concordante citada. Otra posible solución, a juicio de la autora, parte del art. 15.2 LCD, según el que "*Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que*

operatividad práctica de esta opción puesto que esta posibilidad sólo va a ser presumiblemente operante cuando la explotación de la situación de dependencia relevante, además afecte sensiblemente las condiciones de competencia en el mercado (conurrencia del interés particular y del general)⁸¹⁹.

Por el contrario, la posibilidad de obtener la oportuna reparación en virtud de las oportunas acciones presentes en la LCD⁸²⁰, se incrementan notablemente, si bien no está exento de

tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial". Conforme a la previsión contenida en este artículo, no tendría que haber inconveniente en que los perjudicados por un ilícito *antitrust*, como sujetos de pasivos de un acto de competencia desleal ex. art. 15.2 LCD, acudieran directamente a los tribunales civiles solicitando la indemnización de los daños y perjuicios por la vía del art. 18.5 LCD. *Vid. ibidem.*, pp. 74 y ss.

⁸¹⁹ Si bien es cierto que el art. 6 prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio y de la situación de dependencia sin exigir una distorsión grave de las condiciones de competencia ni una afectación del interés público, es difícil imaginar al TDC actuando respecto de prácticas que no afecten al interés general, y más teniendo en cuenta que el art. 1 LDC permite, tras la redacción dada por la reforma operada por Ley 52/1999, que los órganos de defensa de la competencia decidan no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en la LDC respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

⁸²⁰ De las seis acciones que se recogen en el art. 18 LCD, las que mayor relevancia tienen en relación con el supuesto de explotación de una situación de dependencia del franquiciado son la de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha realizado, la de remoción de los efectos producidos, en la medida en que al ser de tracto sucesivo dicha relación sea posible, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados y, en cuanto esté sujeto a pacto de exclusividad, eventualmente la de enriquecimiento injusto. Respecto de los requisitos sustantivos y procesales, someramente indicaremos algunas elementos relevantes: 1.- la acción declarativa de la deslealtad del acto y de cesación del mismo permite, al tiempo, la petición acumulada de resarcimiento de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del agente. Es necesario concretar y acreditar los daños sufridos (daño emergente, lucro cesante, gastos de las diligencias), aun cuando la fijación exacta de la cuantía pueda quedar luego postergada al momento de ejecución de la sentencia declarativa. 2.- la viabilidad de la acción de enriquecimiento injusto precisa, como sustrato, una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico. Deben concurrir, igualmente, los mismos requisitos

dificultades; básicamente, en primer lugar, que la legitimación pasiva que recoge la LCD sólo permite actuar contra aquél que ha intervenido activamente en la acción desleal⁸²¹, y en segundo lugar, que carece de sistema alguno que facilite la estimación de la cuantificación del daño.

Como consecuencia, la viabilidad de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios precisa que el demandante pruebe la existencia de dolo o culpa, el daño causado, así como la relación de causalidad entre ambos. Dada la dificultad de probar la existencia de un daño concreto y evaluable en el patrimonio del demandante y la práctica restrictiva de nuestros tribunales en la concesión de indemnizaciones económicas, este camino también muestra pocas posibilidades de éxito, como señala la doctrina⁸²².

D. HECHOS CAUSANTES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CON OCASIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE

precisos de este tipo de acción (empobrecimiento/enriquecimiento, relación de causalidad, ausencia de causa que lo justifique). Por último, la demanda contendrá, por lo general, un pedimento de indemnización de los daños y perjuicios irrogados al actor (daño emergente y lucro cesante). Sobre estas y otras particularidades, *vid.* Vilalta, A.E. y Méndez, R.M. *Acciones por competencia desleal*, Barcelona: Bosch, 2000.

⁸²¹ En virtud del art. 20.1 LCD, las acciones previstas en dicha Ley podrán dirigirse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. Particularmente, respecto de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, se hace mención expresa de la necesaria intervención del dolo o culpa del agente (art. 18.5 LCD). A su vez, como excepción, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

⁸²² Zabaleta Díaz, M. *La explotación de una situación dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, *op.cit.*, p. 239. A colación de esto resulta ilustrativo el caso concreto de desestimación de indemnización de daños y perjuicios cuya causa se alega que trae colación con la extinción del contrato de distribución, sin el preaviso de 6 meses, resuelto en virtud de la SAP Lugo núm. 235/2003, de 5 de junio, -JUR 2003/246923-.

FRANQUICIA (CONT.). DISCURSO ACERCA DE SU PROCEDENCIA ANTE LA NO-RENOVACIÓN DEL MISMO.

Una mención particular merece la cuestión de si cabe fundamentar el *petitum* indemnizatorio en una no-renovación del contrato de franquicia de duración determinada. Esta pretensión, según hemos visto, ha sido acogida satisfactoriamente en el Derecho suizo y en determinada normativa norteamericana federal y en la de algunos de sus estados, siempre bajo determinadas condiciones y requisitos. El marco fundamental en el que se sitúa tal planteamiento indemnizatorio es la buena fe en el desarrollo del contrato que implica, asimismo, el momento de la extinción del contrato y su eventual perpetuación. Así, en el Derecho suizo se contempla tal posibilidad sólo para el caso de que poco tiempo antes el franquiciador haya exigido al franquiciado la realización de fuertes inversiones en vistas a una relación duradera; inversiones que, a más ende son irreversibles, y le suponen una pérdida al carecer de otra utilidad ajena a la franquicia⁸²³.

En EEUU, a su vez, el criterio adoptado en algunos estados y en la normativa federal sobre contratos de distribución de automóviles y del petróleo, es el de la justa causa requerida para justificar su no-renovación, que pretende evitar una decisión arbitraria del franquiciador comparativamente medida respecto de otras decisiones similares. El razonamiento subyacente en esta aplicación estima que los franquiciados deben hacer un mayor esfuerzo que no se puede recuperar en su negocio que otros tipos de distribuidores, de forma que perderían una parte importante de

⁸²³ Wildhaber, C. *Franchising im Internationalen Privatrecht*, op.cit., pp. 105 y ss.

su inversión cuando la franquicia termina inesperadamente o no se renueva más allá de lo razonablemente esperado⁸²⁴.

Sobre estas premisas tomadas del Derecho comparado, debemos plantearnos si cabe fundamentar la indemnización por daños y perjuicios ante una eventual no-renovación del contrato de franquicia en Derecho español, ante la ausencia de precedentes en nuestra jurisprudencia que hayan marcado algún tipo de planteamiento. Situada la reflexión en el alcance de la buena fe contractual en los sistemas jurídicos indicados, analizaremos sus posibilidades en el ordenamiento jurídico español.

Como indicáramos *supra*, si la buena fe en el ejercicio de los derechos y en materia de contratación aparece configurada por el legislador con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta, en este tipo de contratos, llamados de colaboración, basados en el *intuitu personae*, la noción del abuso exige de las partes que se actúe dentro de los límites de la equidad y buena fe debida, evitando perjuicios innecesarios a la contraparte.

Debe entenderse, por otra parte, que si se extingue el contrato por expiración del término pactado, se ha procedido al ejercicio de un derecho legítimo.

⁸²⁴ Rau, L.A. "Implied Obligations in Franchising: Beyond Terminations", *op.cit.*, p. 1055, espec. en n.p. 14. El mismo autor reconoce, no obstante, lo discutible de esta opinión, habida cuenta que los riesgos que asume el franquiciado bien se puede considerar que son menores que otros distribuidores precisamente por la identificación de éste con la red franquiciada. Si bien el problema del coste que se pierde puede justificar algún tipo de tratamiento especial que permita recobrar la inversión inicial no amortizada, bien puede estimarse que los intereses del franquiciado quedan suficientemente salvaguardados con la obligación de información precontractual establecida, de forma que el franquiciado queda perfectamente informado con antelación a su entrada en el sistema de los riesgos (y ventajas) que entraña, *vid. idem*, p. 1056 *passim*.

Desde esta óptica, el discurso se centra en el sentido y alcance del art. 7.1 C.c., donde la buena fe se presenta como límite al ejercicio del derecho subjetivo⁸²⁵; si se sobrepasa, el ejercicio del derecho se torna inadmisibile y es reprobado por el ordenamiento jurídico⁸²⁶. Más allá de la buena fe, el acto del ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico, y ello obliga a reconocer al lesionado unos medios de defensa que le legitimen para enervar la pretensión del titular del Derecho⁸²⁷. Pero, cabe preguntarse, ¿es contrario a la buena fe dar término al contrato cuya extinción se conocía desde su conclusión? Y de ser así ¿bajo qué circunstancias y motivos?.

Una primera conclusión extraída de nuestra praxis jurisprudencial no parece dejar margen a esta posibilidad: se entiende que no existe tal abuso si no se ha infringido la equidad ni la buena fe por parte de la demandada⁸²⁸, lo que no ocurre, por ejemplo, cuando se ha pactado la fecha⁸²⁹.

⁸²⁵ El apartado 1 del art. 7º del C.c. contiene un mandato del legislador: los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, expresión normativa, positivación de uno de los principios generales del Derecho tradicionalmente reconocidos en nuestro Ordenamiento. *Vid.* sobre el concepto y la apreciación de la buena y mala fe la SSTS de octubre de 1991, la de 6 de junio de 1991, la de 11 de mayo de 1991, la de 8 de marzo de 1991 y concordantes, comentadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110. Asimismo, *vid.* también Gullón Ballesteros, A. "Comentario al art. 7.1. C.c.", *op.cit.*, p. 395 y ss. y también, Farré Alemán, Josep M^a., "art. 7", en *Código Civil comentado y concordado*, *op.cit.*, p. 49 y ss.

⁸²⁶ Sent. AP Jaen núm. 93/2001, de 7 febrero -AC 2001/964-.

⁸²⁷ Gullón Ballesteros, A. "Comentario al art. 7.1. C.c.", *op.cit.*, p. 396.

⁸²⁸ STS, de 3 julio 1986 -RJ 1986/4408-, Cfr. SSTS de 28 de mayo de 1966 -RJ 1966/2842- y de 14 de febrero 1973 -RJ 1973/472-.

⁸²⁹ *Vid.* Sentencia del TS de 15 de octubre de 1992 -RJ 1992/7823-. Cfr. SSTS de 17 de dic 1973 -RJ 1973/4788-, de 6 de marzo 1978 -RJ 1978/767-, de 21 de abril 1979 y de 30 de junio 1987 -RJ 1987/4832-. Salvo que, aún estando previsto en el contrato la resolución por parte de la concedente, éste resulte

Debe entenderse siempre que el recurso al abuso del derecho para enervar su ejercicio es excepcional, entendiendo que no se puede aprovechar la excepción para bloquear el funcionamiento en cada una de las instituciones jurídicas⁸³⁰. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado como requisitos de su apreciación: a) el uso de un derecho objetivo y estrictamente legal, b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y, c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (intención de perjudicar), o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio del derecho)⁸³¹.

manifiestamente arbitraria, como es el caso de haberla fundado en un incumplimiento contractual no decisivo y, además, no admitida por la contraparte, *vid.* STS núm. 360/2000, de 26 de abril -RJ 2002/5244- y concordantes, SSTS de 23 marzo 1988, 16 octubre 1995 -RJ 1995/9149-, 14 diciembre 1995 y 11 marzo de 1996 -RJ 1996/2417- y 18 julio 1997 -RJ 1997/5522-.

⁸³⁰ Este "peligro", que supone la aplicación del principio de forma indiscriminada y general dada su naturaleza abstracta, que puede llevar a la inutilización de ejercicios legítimos de derechos sacrificados en nombre de la buena fe, aparece resuelto en cuanto a la orientación que debe dársele en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar, al afirmar que no se pretende con ello "una alteración del juego de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas", de forma que opera como un cláusula de cierre del sistema operante en defecto de preceptos concretos que otorguen a la buena fe el efecto correspondiente. *Vid.* SSTS de 9 de octubre de 1986 y de 27 de mayo de 1988, citadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110.

⁸³¹ La actuación objetiva de esta cláusula tan general que supone operar "según la buena fe", toma en cuenta un modelo de conducta que la conciencia social exige en un momento dado; aunque, ciertamente, no queda excluida cierta dosis de subjetivismo en el aplicador del Derecho, pues éste es el que ha de captar el modelo de conducta apropiado en cada ocasión. *Vid.* SSTS de 5 de marzo de 1996, de 2 de noviembre de 1990, de 23 de diciembre de 1992, de 19 de noviembre de 1991, de 16 de octubre de 1991, de 22 de mayo de 1991, de 26 de mayo de 1989 y de 22 de octubre de 1988, citadas en Moreno Gil, O. "La buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo", *op.cit.*, p. 98-110.

Los elementos descritos podrían darse cuando tal no-renovación ha ido precedida de manifestaciones inequívocas del franquiciador indicando la renovación del contrato y, a mayor abundamiento, cuando en previsión de tal continuidad, animó al franquiciado a la realización de las inversiones pertinentes; de forma que la extinción del contrato, aún habiendo sido prevista en el contrato, no cabría más que afirmar que fue sorpresiva, y causante a su vez de una lesión al franquiciado no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

Su eventual reconocimiento seguiría de esta forma un razonamiento semejante a la doctrina de los actos propios, desarrollada a partir del art. 7.1 C.c., si bien, en ausencia de precedente y, por supuesto, de normativa que regule la situación, la posible indemnización sólo podrá determinarse en el caso concreto por la instancia judicial *a quo*⁸³². El marco jurídico en el que bien podría encontrar acomodo es la responsabilidad precontractual⁸³³, cuyo supuesto de hecho normativo requiere la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato, el carácter injustificado de la no-renovación, la producción de un daño, en principio patrimonial, y la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada⁸³⁴.

⁸³² Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, p. 215. Como afirma la STS 20 de marzo de 1985 -RJ 1.356/1985- "no es lícito obrar en contradicción con los actos propios, si estos son válidos y eficaces en Derecho, obedecen a una determinación espontánea y libre de la voluntad expresa o tácita pero indubitada y concluyente y tenían por objeto crear, modificar o extinguir una relación jurídica", conforme a la reiterada doctrina de los actos propios definida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, las de 12 de mayo de 1981 -RJ 2.2517/1981- y de 8 de marzo de 1984 -RJ 1.535/1984-.

⁸³³ Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 335.

⁸³⁴ Díez Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I., *op.cit.*, pp. 278 y s. Específicamente, con relación a aplicación concreta a la resolución unilateral del contrato, *vid.* Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 175-180.

El alcance probable de la indemnización comprendería el daño emergente por las inversiones inducidas por el franquiciador, y no amortizables en otros usos comerciales, así como en el eventual lucro cesante calculado en función de los beneficios esperados por el tiempo previsto de prórroga del contrato, siempre que fuesen probables y demostrables por los oportunos medios de prueba, con lo que quedaría excluido el daño correlativo a la frustración de las expectativas de beneficio derivadas de la renovación del contrato⁸³⁵.

Una situación aparentemente idéntica es la producida por la prórroga tácita pactada en el contrato. Si éste es el caso, llegado el vencimiento, la situación indemnizatoria podrá derivarse de la resolución no precedida del preaviso acordado para la denuncia del convenio, puesto que la presunción es de continuidad y no de extinción del contrato mediando silencio de las partes. Si bien la causa indemnizatoria no tiene como base la no-renovación, sino con el incumplimiento contractual que exige notificación fehaciente de la intención de extinguir la relación negocial⁸³⁶.

Por último, debe traerse aquí a colación la posición que en la aplicación de la normativa que sanciona el abuso de la explotación

⁸³⁵ Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 335. Este autor, por su parte, extiende esta responsabilidad al supuesto de extinción del contrato por expiración del tiempo pactado, si éste ha sido insuficiente para la realización del interés contractual del franquiciado, en una posición que no compartimos.

⁸³⁶ Éste es el caso respecto de un contrato de distribución en exclusiva, contemplado en la SAP Valencia núm. 307/2003, de 13 mayo, -JUR 2003/171859-, según la que "...posteriormente sin aviso ni comunicación a la distribuidora decidió unilateralmente no mantener, es decir, sin cumplir con preaviso alguno, conducta que genera por mor del art. 1101 del Código civil (LEG 1889, 27) una obligación de daños y perjuicios a favor de la demandante, que se encuentra con que de forma brusca y repentina, a pesar de la prórroga tácita pactada y dada la importancia del dicho negocio, sin la distribución comercial de los productos referidos...".

de una situación de dependencia en sede de Derecho de la competencia, estima que la ruptura de la relación sancionada debe entenderse referida igualmente a su no-renovación, pues el término empleado así lo permite⁸³⁷.

E. PRINCIPIOS GENERALES QUE EXCLUYEN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Sobre la base de los criterios determinantes para su reconocimiento, cabe construir las circunstancias que la excluyen con carácter genérico, pues en cada caso concreto habrá de determinarse si concurren las circunstancias que acreditan el perjuicio alegado según los parámetros indicados en los apartados anteriores; de esta forma⁸³⁸:

- a) No tiene derecho a ser resarcido cuando el contrato se extingue por una causa prevista en él, entre las que se halla el tiempo de duración del contrato convenido inicialmente o prorrogado⁸³⁹, o bien por mutuo disenso⁸⁴⁰, si bien aquí hemos de apuntar el interrogante planteado respecto de la eventual no-renovación del contrato, según las circunstancias indicadas.
- b) Tampoco tiene derecho a la indemnización cuando la extinción se debe al ejercicio de la facultad resolutoria correlativa al incumplimiento de alguna

⁸³⁷ Favorable a la inclusión de la no continuación de la relación comercial establecida, Massaguer Fuentes, J. "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *op.cit.*, pp. 2250.

⁸³⁸ SAP Madrid, de 14 febrero 2002 - AC 2002/1080-.

⁸³⁹ STS de 30 junio de 1987 -RJ 1987/4832-, de 22 marzo 1988 -RJ 1988/2224-, d 16 septiembre 1988 -RJ 1988/6691-, y de 15 octubre 1992 -RJ 1992/7823-.

⁸⁴⁰ SAP Córdoba núm. 221/2003, de 16 de septiembre, -JUR 2003/236065-.

de sus obligaciones por el concesionario/franquiciado⁸⁴¹.

- c) Cede de igual modo tal derecho cuando siendo el contrato por tiempo indefinido, el concedente pone fin a la relación jurídica mediante un preaviso razonable en el tiempo a falta de pacto⁸⁴². La jurisprudencia más reciente ha estimado innecesario el preaviso, no pactado, si se resolvió con justa causa derivada de la competencia desleal de la

⁸⁴¹ SSTs de 30 junio de 1987 -RJ 1987/4832-, de 27 febrero 1989 -RJ 1989/1402-, de 27 febrero 1990 -RJ 1990/722-, de 21 diciembre 1992 -RJ 1992/10705-, de 8 de noviembre de 1995 -RJ 1995/8637- (*Vid.* comentario en Moralejo Menéndez, I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala 1ª- de 8 de noviembre de 1995", *op.cit.*), de 11 marzo de 1996 -RJ 1996/2417-, de 15 febrero 2001 -RJ 2001/2583- y las Sentencias de Audiencias Provinciales: la SAP Madrid núm. 434/2002, de 15 de julio, -JUR 2004/234864-, la SAP Barcelona núm. 372/2004, de 26 de mayo -AC 2004/1509-, entre otras. La pérdida del derecho a indemnización pierde su sentido al carecer de la causa que la justifica, puesto que, como indica la SAP Barcelona, de 23 mayo 2003, -AC 2003/1714-, *cit.*, respecto de un contrato de concesión, "...concurría un reiterado incumplimiento por parte de la concesionaria en el cumplimiento de las condiciones exigidas por la marca... En estas condiciones,... , no es posible calificar como abusiva la actuación de Volkswagen-Audi España, S.A. (la principal)".

⁸⁴² SSTs de 11 febrero 1984 -RJ 1984/646-, 19 diciembre 1985 -RJ 1995/9149- y 25 enero 1996 -RJ 1996/319-, y 31 octubre 2001 -RJ 2002/227-. Clarificadora es sobre el particular la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080-, la cual no aceptó la indemnización pedida de daños y perjuicios porque según la cláusula resolutoria del contrato se hacía referencia a un preaviso de doce meses, el cual, respetado, excluye la nota de imprevisibilidad alegada. El razonamiento se extiende sobre el *petitum* reclamado por daños laborales al haber tenido que despedir a determinados trabajadores como consecuencia de la resolución del contrato. La razón: "Ello supone, como en el caso de las inversiones, que la contratación de personal laboral por parte del concesionario, se encamina a obtener una rentabilidad del contrato a la que no son ajenos los riesgos empresariales como el de resolución unilateral anticipada y que, en cualquier caso, permiten al concesionario saber que en cualquier momento se puede resolver el contrato a instancia de cualquiera de las partes observando el periodo de preaviso pactado (en el caso de 12 meses)".

demanda, puesto que, el que se hubiese resuelto con mayor o menor anticipación no habría creado una situación diferente del que *per se* se produce por la propia resolución unilateral y que no es indemnizable⁸⁴³.

F. CONDICIONES DE APLICABILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

f.1. Elementos que integran los daños y perjuicios.

El daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima, y comprende tanto el desembolso efectivo –daño emergente- como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener –lucro cesante-, según se desprende del art. 1106 C.c.

El daño emergente consiste en los gastos o desembolsos efectuados por el perjudicado, consistiendo en la cantidad por la que se ha empobrecido con ocasión del hecho lesivo. El lucro

⁸⁴³ Respecto de un contrato de concesión pero, habida cuenta de la generalidad del supuesto objetivo contemplado, resolución unilateral de un contrato de duración indefinida con justa causa, entendemos relevante el razonamiento respecto del contrato de franquicia. El tenor judicial dice, exactamente, que "*... en el supuesto del litigio, concurría causa justificada para la resolución del contrato y, en cualquier caso, no existía plazo de preaviso de prórroga explícito o implícito... La forma precipitada de realizarse el preaviso tampoco puede servir de fundamento a la pretensión reconvencional, no ya sólo en los términos cuantitativos pretendidos, sino siquiera por un importe más reducido porque, aparte de que no se había pactado contractualmente plazo para ello, el que se hubiese hecho con una mayor anticipación (unos días antes), si bien habría dado una mayor razonabilidad a la conducta de la actora, sin embargo no habría creado una situación diferente del que per se se produce por la propia resolución unilateral y que no es indemnizable". Vid. STS núm. 43/2004, de 9 de febrero, op.cit., en su Fto. Dcho. 3º, y sentencias en él citadas concordantes.*

cesante consiste en el beneficio o ganancia que el acreedor habría obtenido de haberse cumplido la obligación⁸⁴⁴.

Respecto de la cuantificación del perjuicio, emergente o cesante, el acreedor debe solicitar la condena a su pago, indicando su importe o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación⁸⁴⁵. Por ello, la fijación de la cuantía

⁸⁴⁴ Ejemplo práctico en nuestra jurisprudencia de aplicación práctica de ambos conceptos referido al propio ámbito de la franquicia tenemos en SAP Barcelona de 13 febrero 2004, -JUR 2004/92693-, *cit.*. En igual sentido se ha expresado la jurisprudencia suiza, según la cual el cálculo de estos daños comprenden tanto la parte efectiva como la ganancia perdida y, particularmente considerado, el reembolso de las inversiones realizadas en vano en la medida en que hubiesen sido amortizadas si las relaciones contractuales hubiesen continuado regularmente. *Vid.* Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", *op.cit.*, pp. 447 y s. Ahora bien, si en la resolución no interviene la acción u omisión de lo debido por uno de los contratantes, el juez apreciará libremente las consecuencias pecuniarias derivadas de la resolución inmediata, teniendo en cuenta todas las circunstancias, aplicando analógicamente las disposiciones establecidas en el art. 337b. 2 del *Code des obligations*. *Vid.* www.admin.ch/ch/f/rs/220/a337b.html

⁸⁴⁵ Según indica el art. 219.1 LEC. La referencia a la necesidad de tal acreditación por el que pretende tal resarcimiento es una constante de nuestra jurisprudencia. Efectivamente, el mero incumplimiento contractual, a lo que es equiparable la ruptura unilateral del contrato, que es el más amplio supuesto de incumplimiento del contrato, no genera *per se* la obligación de indemnizar, sino que es necesario acreditar la existencia del daño; *vid.* la SAP Burgos núm. 167/2003, de 4 de abril, -JUR 2003/150202-, *cit.* en un litigio cuyo objeto es un contrato de franquicia de duración determinada resuelto unilateralmente por el franquiciador sin que quede acreditado incumplimiento justificado del franquiciado. *vid.* también la SAP Tarragona, de 6 de septiembre 2002, -JUR 2002/271881-, donde igualmente no se estima la pretensión de indemnización por falta de prueba, o la SAP Sevilla, de 1 de julio de 2003, -JUR 2003/218649-, en virtud de la cual "*Ese resarcimiento de los daños y perjuicios, de conformidad con lo establecido en el art. 1106 C.c. , comprende la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, pero en todo caso ha de acreditarse su realidad y concretarse*", citando una nutrida jurisprudencia sobre la materia; de igual forma, se desestima por falta de prueba la indemnización pretendida por resolución unilateral de un contrato de distribución en la SAP Alicante núm. 205/2003, de 15 de abril, -JUR 2003/204133-. Los criterios de cuantificación del daño dependen, obviamente, del sistema jurídico según la cual se considere; así, *v.gr.*,

tendrá lugar tras la demostración en juicio de tales daños y perjuicios, lo que no obsta a que se difiera la fijación a la fase de ejecución de la Sentencia cuando no haya sido posible hacerlo en el pleito⁸⁴⁶. Esta cuantificación puede haber sido pactada en el contrato, lo que es frecuente para el caso del incumplimiento. A esta posibilidad se refiere el art. 1107 C.c., cuando indica que los daños y perjuicios "son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación"⁸⁴⁷.

Una orientación metodológica ha propuesto como base para el cálculo de la indemnización de las inversiones y gastos no amortizados, si se trata de inversiones absolutamente especializadas y no reconvertibles, mediante deducción del precio de adquisición de los activos el precio de reventa de los elementos cuyo valor sea excepcionalmente recuperable mediante venta; si se trata de inversiones especializadas, aunque relativamente reconvertibles, porque sean aplicables o utilizables en el ámbito del ejercicio de la misma u otra actividad empresarial, deduciendo de su valor la proporción correspondiente a las probabilidades de una efectiva reutilización. A su vez, las inversiones plenamente reconvertibles por su fungibilidad económico-empresarial no serán

la jurisprudencia francesa ha estimado que, en ausencia de cláusula contractual que determine la cuantía de la rescisión derivada de la responsabilidad del franquiciador, la sociedad franquiciada debería demandar por daños y perjuicios en cantidad equivalente a un año de la cifra de ventas alcanzada. C. app. 5^o Ch. B, París, de 3 de junio de 1999, *Gazette du Palais*, mayo-junio 1999, p. 304. Cuestión ésta de la concreción económica del daño en el Derecho comparado que aquí no alcanzamos a abordar.

⁸⁴⁶ Diferir la fijación de los daños y perjuicios para el período de ejecución de sentencia es un procedimiento frecuente en los litigios seguidos con causas por franquicia. Así, *v.gr.*, la SAP Burgos núm. 81/2002, de 11 de febrero, -AC 2002/892-, *cit.*.

⁸⁴⁷ Éste es el caso consignado, *v.gr.*, en la SAP Gerona, núm. 353/2000 de 19 junio -AC 2000/3236-, relativo a un contrato de comisión mercantil.

resarcibles, pues lo contrario significaría un enriquecimiento injusto del franquiciado⁸⁴⁸.

Un supuesto que incide directamente en la cuantificación del daño es el de la responsabilidad concurrente, de forma que tanto franquiciador como franquiciado han intervenido, si bien con distinta medida, en la causación del daño. El efecto subsecuente será la reducción de la cuantía de la indemnización solicitada en la demanda, por imperativo de equidad o de reciprocidad de las prestaciones⁸⁴⁹.

F.1.A. . EL DAÑO EMERGENTE. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

Para conocer los conceptos que integran el daño emergente, resulta definitivo el recurso a la práctica judicial sobre litigios suscitados con ocasión de la extinción del contrato de franquicia y otros en causas similares seguidos con ocasión de otros contratos de distribución donde la relación de identidad lo permita⁸⁵⁰. Ocasionalmente cabe aceptar referencias judiciales relativas a contratos de agencia, en cuanto éstos se hayan extinguido por causas comunes respecto de las indicadas con relación al contrato de franquicia y las soluciones adoptadas presenten igualmente identidad de razón⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p. 333. Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, *op.cit.*, pp. 240 y s.

⁸⁴⁹ Santos Briz, J. "Comentario al art. 1103 C.c.", en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 110 y ss.

⁸⁵⁰ Así, respecto del contrato de concesión mercantil, *vid.* Valenzuela Garach, F.J., "El Contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral", *op.cit.*, pp. 1316 y s.

⁸⁵¹ La resolución *ad nutum* en contratos de agencia de duración indeterminada o el incumplimiento han generado con antelación a la LCA una nutrida jurisprudencia que reconoce en ambas causas de extinción un indicio de generación de indemnización de daños y perjuicios con la concurrencia de otras condiciones. Tras la promulgación de dicha Ley, la indemnización ha quedado consagrada en su art. 28 para la primera de las causas de extinción, sin perjuicio

Los elementos aceptados como integrantes de la valoración de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios son diversos en atención a las distintas condiciones presentes en cada caso, puesto que sólo en cada particular se puede determinar la concreta lesión o empobrecimiento causado al contratante perjudicado.

Uno de estos elementos es el dinero pagado a los trabajadores de la franquiciada actora cuando tuvo que cerrar su puesto de trabajo en virtud de la extinción de la relación contractual con la franquiciadora. Si bien no porque tales trabajadores perteneciesen a esta última, pues la contratación laboral se realiza y se desarrolla bajo la entera responsabilidad de la franquiciada como empresa independiente, si no porque habría que considerar tales indemnizaciones laborales como consecuencia de la extinción anticipada del contrato sin causa que lo justifique⁸⁵².

También es susceptible de integrar la indemnización por daños y perjuicios el canon de entrada "no consumido", por los servicios no prestados durante el tiempo del contrato de franquicia que aún restaría si no se hubiese resuelto. Si bien, sólo es entendible como indemnización en aquellos supuestos donde ha

que pueda acudir al art. 1124 y al art. 1101 C.c. para el caso de incumplimiento. A lo largo de estas líneas indicaremos algunas de estas sentencias, indicando, en su caso, su procedencia.

⁸⁵² SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.* en la apreciación de los perjuicios causados por la resolución, la estimación del coste de finiquitar las relaciones laborales como consecuencia de esta misma resolución, es admitida frecuentemente en la jurisprudencia sobre la materia; así, respecto de un contrato de distribución, la SAP Tarragona, de 29 abril 2003, -JUR 2004/6254-. La doctrina laboral ha buscado un principio general que permita tal extensión de responsabilidades laborales al franquiciador en otros casos, y no sólo en el supuesto indicado, como ha hemos comentado con referencia a la monografía de Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, *op.cit.*

existido resolución declarada abusiva, o por incumplimiento del franquiciador. En otro caso, como ya vimos *supra*, se trata de mera liquidación del negocio jurídico. Éste ha sido el caso, por ejemplo, cuando se pagó una cantidad a cuenta en un precontrato, y el franquiciador incumplió la obligación debida que imposibilitó el inicio del negocio franquiciado⁸⁵³, cuando frustró el buen fin del contrato por dilatar injustificadamente la entrega de la documentación que, a su vez, el franquiciado debía entregar al cliente⁸⁵⁴, o cuando forzó un incumplimiento del franquiciado al imponerle un cambio injustificado en las condiciones contractuales no aceptadas por éste⁸⁵⁵.

Respecto de la resolución *ad nutum*, operada sin preaviso o siendo éste insuficiente, la jurisprudencia ha estimado sistemáticamente en otros contratos de distribución⁸⁵⁶ y, desde luego, respecto de la agencia⁸⁵⁷, los gastos por inversiones

⁸⁵³ SAP Barcelona, de 10 diciembre 2002, -JUR 2003/192155-.

⁸⁵⁴ SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-, *cit.*

⁸⁵⁵ Como ha sido el caso de una de las sentencias recaídas en la SAP de Barcelona con relación a las múltiples resoluciones unilaterales provocadas por Retevisión Móviles con sus franquiciados al intentar infructuosamente un cambio draconiano de condiciones. *Vid.* SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-.

⁸⁵⁶ Con ocasión del contrato de comisión mercantil, *vid.* la STS núm. 307/1998, de 4 abril -RJ 1998/2313-. También respecto del contrato de distribución exclusiva, según la STS de 27 mayo 1993 -RJ 1993/3986-, comentada en García Herrera, A. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 3.986)", *op.cit.*, p. 371-

⁸⁵⁷ Como consecuencia lógica del tenor literal del art. 29 LCA, en virtud del cual, "... el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.". Los ejemplos concretos en sede judicial son múltiples; así, *v.gr.*, la SAP Córdoba núm. 248/1999, de 6 de octubre -AC 1999/2083-, que la desestima "pues el actor no ha realizado gastos por instrucciones del empresario que queden por amortizar a su extinción.". A su

derivadas de instrucciones del empresario que aún queden por amortizar. Concretamente referido a la franquicia encontramos imputados en tal concepto los gastos de constitución de la sociedad, los de acondicionamiento del local y los de alquiler del mismo, se entiende, por el tiempo que aún restaba de vigencia del contrato proporcionalmente⁸⁵⁸. Sin embargo, aún habiendo sido incluidos como indemnización de daños y perjuicios, más bien, su función resarcitoria del pago por prestaciones no ejecutadas, parece indicar más bien un concepto liquidatorio que evite un enriquecimiento injusto del franquiciador, más que una indemnización por el daño sin duda producido por el incumplimiento alegado⁸⁵⁹.

vez, la SAP Pontevedra núm. 713/1999, de 27 de diciembre -AC 1999/2557- la admite porque *"la prolongada estabilidad contractual permite aceptar la conclusión reparadora de este concepto pues las inversiones y gastos tuvieron por causa la razonable expectativa de permanencia de la relación contractual"* (Fto. Dcho. 9º). Ante la resolución unilateral calificada como sorpresiva, la SAP Palencia núm. 121/2001, de 24 de abril -AC 2001/930- estima tal indemnización referido al material específico para el desenvolvimiento del contrato, que concreta en las tarjetas y documentación con anagrama de la empresa y publicidad en vehículo y rótulo del establecimiento. Por último, también reconoce este concepto indemnizatorio la SAP Palencia de 20 abril de 1995 -AC 1995/1626- en cuyo Fto. Dcho. 2º afirma que *"De otra parte, la indemnización por daños y perjuicios necesita que la extinción del contrato se hubiera producido en unas condiciones que permitieran la facilitación de notables beneficios al empresario, o que no hayan permitido al agente amortizar los gastos realizados a consejo del empresario para ejecutar su laboral."*

⁸⁵⁸ Conceptos estimados proporcionalmente, de los que han sido descontados los correspondientes al tiempo que estuvo en vigor el contrato, excepto el relativo al local, en este caso no estimado por haber sido utilizado el local por la franquiciada todo el tiempo en que estuvo vigente el contrato. *Vid.* la SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-, *cit.*

⁸⁵⁹ Como señala respecto de un contrato de comisión mercantil, el tenor literal de la STS núm. 307/1998, de 4 abril -RJ 1998/2313-, *cit.*, al afirmar que *"Si nada queda pendiente de liquidar, ... si no hubieron de crearse infraestructuras pendientes de amortizar y, si en cada negocio u operación en que se intervino aparece remunerado, nada hay que reclamar."*

Respecto de este concepto indemnizatorio relativo a las inversiones no amortizadas, resulta ilustrativo como criterio interpretativo el aportado por las Directrices relativas a las restricciones verticales que clarifican el Reg. CE núm. 2790/1999 citado. En ellas se justifica la exención operada respecto de determinadas restricciones verticales, particularmente en el caso de la prohibición de no-competencia, si se cumplen determinadas condiciones: 1. la inversión ha de destinarse a una relación específica (sólo puede ser utilizada para dichos fines, de forma que el que las adquiere -franquiciado-, tras la expiración del contrato no podrá utilizarla para adquirir y/o usar productos suministrados por otros proveedores y no podrá venderla, si no es con pérdidas significativas); 2. debe ser una inversión a largo plazo, no recuperable a corto plazo; 3. la inversión debe ser asimétrica, es decir, una parte -franquiciado- debe invertir más que la otra -franquiciador-⁸⁶⁰.

Por otra parte, en algún caso en que ha quedado acreditado el incumplimiento del franquiciador, en la indemnización concedida por el TS se ha desestimado la inclusión de los gastos de montaje, instalación y desenvolvimiento del negocio franquiciado, por estimar que son conceptos que afectan exclusivamente a *su* propio negocio, no entrando ni a considerar si éste seguía o no las instrucciones del franquiciador o si tales inversiones eran

⁸⁶⁰ A juicio de las Directrices, en su apartado 116. 4), cuando se reúnen estas condiciones hay, por lo general, una buena razón para que exista una restricción vertical que se mantenga hasta que se deprecie la inversión. Por la misma razón, habría que afirmar que existe una buena razón para cubrir el coste de dicha inversión efectuada por el franquiciado en el caso que contemplamos de resolución intempestiva por causa a él no imputable, *hasta que se deprecie la inversión*.

susceptibles de ser aprovechadas en la actividad comercial posterior del franquiciado⁸⁶¹.

F.1.B. EL LUCRO CESANTE. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CLIENTELA.

El lucro cesante comprende las ganancias previsiblemente perdidas por el franquiciado o por el franquiciador, según los casos, correspondientes a la razonable expectativa de la duración regular de la relación extinguida, que será el plazo de preaviso razonable según las circunstancias en los contratos de duración indefinida y el tiempo pendiente de transcurso en los de duración determinada, calculada la cuantía sobre la base de la media de períodos de tiempo acotados dentro de la vigencia del contrato⁸⁶².

El problema de prueba no afecta tanto al daño emergente, como al lucro cesante. Al respecto, nuestra jurisprudencia estima que debe probarse rigurosamente que dejaron de obtenerse ganancias, sin que sean contingentes o dudosas y sólo fundadas en esperanzas⁸⁶³; si bien algunas sentencias han atenuado este

⁸⁶¹ SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-, *cit. Seguramente*, además, pesó en el ánimo del Tribunal la ruptura del contrato apenas comenzada su andadura, la fácil solución adoptada por el franquiciado de resolver el contrato sin margen para luchar por su operatividad, y que él también incumplió alguna de sus obligaciones.

⁸⁶² A efectos de este cálculo, ha sido propuesto un sistema semejante al establecido en el art. 28.3 LCA respecto de la indemnización por clientela en el contrato de agencia. *Vid.* Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", *op.cit.*, p334.

⁸⁶³ Si bien el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar la resolución no justificada o en abuso de derecho, lo que exige un juicio de probabilidad, ha de huirse de un criterio meramente subjetivo para comprobar si existen daños objetivos que tengan en cuenta también el curso ulterior de los hechos. Se trata de ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba que demuestren qué se ha dejado de obtener por presentarse como ganancias muy probables. *Vid.* SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-, *cit.*, relativa ésta a un contrato de franquicia y, referentes a otras materias litigiosas, pero formulando doctrina general al respecto las SSTS de de 30

requisito conforme a un criterio de mera razonabilidad de las ganancias dejadas de obtenerse⁸⁶⁴.

Así, por ejemplo, ante la resolución por incumplimiento del franquiciador que dejó de suministrar un montante sustancial de las mercancías necesarias para el buen comienzo del negocio, el TS estimó la pretensión de indemnización de la franquiciada en concepto de lucro cesante, calculándola en el 70% del coste del pedido inicial montante y el 70% del coste del material rotativo mínimo; cuya cantidad resultante debió ser revisada por compensación en función del género vendido y cobrado⁸⁶⁵.

En algún otro caso, si bien referido a las consecuencias derivadas de la resolución *ad nutum* de un contrato de distribución exclusiva, se ha limitado este concepto como causa de indemnización a la lesión que en la estructura de la empresa pueda ocasionarse como consecuencia de no haber tenido tiempo de adaptarla a la nueva situación, pero no las ganancias que a lo largo del tiempo dejaran de obtenerse del antiguo proveedor. La razón estriba en que la pérdida de la concesión como tal no es indemnizable⁸⁶⁶. Por otra parte, el lucro cesante es un concepto

diciembre 1977 -RJ 1977/4897-, de 27 de octubre de 1992, -RJ 1996/5662- y la de 16 de junio 1993 -RJ 1993/5272-, entre otras.

⁸⁶⁴ STS de 21 de octubre de 1996, -RJ 1996/7235-, SSTS de 30 junio 1993, -RJ 1993/5340- y 15 diciembre 1995 -RJ 1995/9097-. Un serie de casos prácticos de estimación "ponderada" del lucro cesante en una indemnización postcontracual reconocida por daños y perjuicios a un franquiciado, tienen lugar con ocasión de diversos fallos en la serie de sentencias ocasionadas entre franquiciadora y franquiciadas de Retevisión en Barcelona: así, la SAP Barcelona núm. 427/2004, de 23 de junio -JUR 2004/220394-, la SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-, SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-, la SAP Barcelona de 13 febrero 2004 -JUR 2004/92693-. Sobre un asunto distinto, *vid.* SAP Barcelona núm. 179/2004, de 24 de marzo -JUR 2004/122633-.

⁸⁶⁵ SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-, *cit.*

⁸⁶⁶ SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *cit.*

resarcitorio de la parte que sufre el perjuicio por la finalización no deseada ni provocada del contrato, por lo que carece de fundamento si existen incumplimientos de ambas partes ni ambas han interesado su resolución⁸⁶⁷.

Uno de los elementos que ha sido valorado por la jurisprudencia como lucro cesante, con distintas apreciaciones, ha sido el de la clientela en cuya creación o incremento ha participado el concesionario o distribuidor. No se trata aquí de valorar la idoneidad de este concepto como indemnizable respecto de la franquicia, de lo que ya se ha tratado *supra*, sino de aportar algunos de sus elementos de aplicación concreta según se desprende de la práctica judicial.

Encontramos aplicación de tal concepto indemnizatorio como parte de los daños y perjuicios valorables por la jurisprudencia en los contratos de distribución⁸⁶⁸, si bien es una tendencia no unánime⁸⁶⁹, y contestada por otras sentencias que estiman que la

⁸⁶⁷ SAP Barcelona, de 18 de diciembre 2002, -JUR 2003/107522-, *cit.*

⁸⁶⁸ Así, la SAP Málaga núm. 449/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244256-, afirmará en su Fto. Dcho. 2º que "*...la aplicación del art. 1101 del Código Civil se hace procedente cuando se ha producido la resolución unilateral por parte del concedente, no obstante no estar previsto en el contrato, cuando aquella resulte arbitraria y ocasionando por ello daños y perjuicios a la concesionaria distribuidora sin haber incurrido en incumplimiento contractual previo de esta parte, daños y perjuicios entre los que se encontrarían los derivados por la clientela,...*".

⁸⁶⁹ En determinadas ocasiones, más que una posición contraria, no encontramos con un razonamiento "ecléctico" que, si bien pretende divergir la indemnización por clientela de la de daños y perjuicios, acaba incluyendo este concepto en el grueso que se integra en esta última. Así, *v.gr.*, respecto de un contrato de distribución en exclusiva, la STS núm. 622/2003, de 26 de junio, -RJ 2003/4308-, *cit.*, afirma, de un lado, que "*atención aparte merece la indemnización por clientela,...* al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento... y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el

clientela debe desvincularse de la noción de culpa o responsabilidad, en la línea de la solución aportada para el contrato de agencia.

Sobre este concepto indemnizatorio, "la obligación reparatoria vendrá impuesta no por la extinción de los efectos del contrato sino por la de lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario, como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición conlleva para él". Lo que comporta la necesidad de probar que la clientela creada por la actora ha sido aprovechada por la demandada a fin de indemnizar los daños y perjuicios causados por tal concepto⁸⁷⁰. No es suficiente que se haya generado el hecho causante de la petición de indemnización, como pueda ser el caso del incumplimiento del preaviso, sino que, además, se hace preciso acreditar que la concedente efectivamente continúa disfrutando y aprovechando la clientela generada por el distribuidor⁸⁷¹, al caso, franquiciado.

Sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto, el provecho que tiene en cuenta el Derecho es únicamente el de naturaleza material y contable que se adquiere en un momento determinado aunque no persista⁸⁷².

fondo comercial"; sin embargo, líneas más tarde, lo integra en la cuantificación de los daños y perjuicios (... se tendrá en cuenta el concepto de clientela...).

⁸⁷⁰ STS núm. 60/2004, de 10 de febrero, -RJ 2004/748-. Así también, la SAP Madrid, de 14 febrero 2002 - AC 2002/1080-, que recoge en su apoyo sendas SSTs de 26 de julio y de 30 octubre 2000.

⁸⁷¹ Fto. Dcho. 1º STS núm. 60/2004 de 10 de febrero, -RJ 2004/748-. Esta sentencia, por otra parte, contempla asimismo la clientela como elemento valorable dentro de la indemnización de perjuicios, si bien con unos elementos de juicio específicos. Este requerimiento de prueba es una constante en la jurisprudencia relativa a contratos de distribución; así, *vid.* la SAP Asturias núm. 9/2004, de 15 de enero, -JUR 2004/52832-.

⁸⁷² Álvarez-Caperochipi, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, *op.cit.*, p. 175.

Igual que en el caso de los concesionarios de coches, la indemnización por clientela es negada o minorada convenientemente debido a la innecesariedad de la captación de la clientela por el efecto notorio de reclamo de la marca concedida⁸⁷³, en el caso de aquellas franquicias de gran implantación y reconocimiento social, la cuantificación de la indemnización ha de ser medida a esta circunstancia. Una de las soluciones efectuadas por la jurisprudencia dada esta circunstancia de la notoriedad de la marca sobre el producto principal, es admitir tal concepto indemnizatorio respecto de las piezas de recambio, estimando que la fidelización de la clientela sí está genuinamente ligada al servicio técnico de postventa⁸⁷⁴.

⁸⁷³ La razón estriba en que en este caso "la creación de la clientela no se presenta como de la exclusiva actuación del concesionario, por imperar tanto la vinculación precontractual del cliente a la marca, como su fidelidad posterior a la misma para repetir la compra de vehículos", parafraseando el Fto. Dcho. 7º de la SAP Barcelona de 16 octubre de 2001, *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 122 y ss.

⁸⁷⁴ Así, *v.gr.*, el razonamiento de la SAP Madrid, de 7 diciembre 1995 -AC 1995/2394-, *cit.*, según la cual "...en cuanto a la creación de una clientela, debida a la iniciativa y habilidades comercial del concesionario, procede señalar, que en caso de compradores no suele funcionar en esos términos, debiendo advertir además que en este caso la posible clientela fiel a la marca es un activo tanto de la empresa concedente como de la concesionaria, habiendo repercutido en éste la fama y prestigio de la marca y en aquél la profesionalidad y eficacia del vendedor, por lo que debe entenderse no probado el hecho de que ese elemento concreto suponga en adelante un enriquecimiento injusto para una de las partes o una merma patrimonial sin causa en la otra... No puede, sin embargo, negarse ese resultado respecto de la venta de piezas de recambio. La razón está en que la actividad y éxito en la venta de automóviles de la marca por parte del concesionario ha creado un parque automovilístico de dicha marca perteneciente a la entidad demandada que tendrá que acudir a la adquisición de tales piezas que ésta confecciona y sigue negociando con el consiguiente beneficio... En efecto, una parte de ese enriquecimiento, consistente en el aprovechamiento por el demandado del esfuerzo y habilidad desplegados por el actor, persiste aún después de extinguidas las relaciones jurídicas nacidas del mencionado contrato". En el mismo sentido, la SAP Granada núm. 157/2000, de 13 marzo -AC 2000/3512-.

En cuanto al cálculo de la clientela como elemento indemnizable, nos hacemos eco de la previsión contenida en el art. 28 LCA en cuanto que ésta ha de ser equitativa⁸⁷⁵, y cuya determinación corresponde a la instancia. Sin que el citado precepto indique criterios para su fijación, el TS tenido ocasión de efectuar su concreción en casos referidos a contratos de distribución, según parámetros perfectamente extrapolables, si bien meramente indicativos⁸⁷⁶: la duración del contrato, la concurrencia o no de cláusula de exclusividad y el peso específico de las ventas del producto distribuido en la actividad de la distribuidora⁸⁷⁷.

En este epígrafe volvemos a apuntar un precedente sin parangón en sede judicial, que reconoce un derecho a indemnización por clientela del franquiciado, al tiempo que el lucro cesante integrante de la correspondiente de daños y perjuicios. Habrá que observar si nos encontramos ante un nuevo cambio de rumbo de la jurisprudencia, o bien sólo ante un fallo aislado⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ Evidentemente, el art. 28 LCA se refiere a la indemnización por clientela, y nosotros hablamos del elemento clientela como integrante de la indemnización por daños y perjuicios, por lo que el eco del que nos hacemos referencia queda referido a cuestiones incidentales, al caso, la cuantificación de la clientela a los efectos pretendidos.

⁸⁷⁶ Como indica el texto judicial "los criterios son enteramente razonables y no arbitrarios"; *vid.* STS núm. 1029/2003, de 4 de noviembre -RJ 2003/8017-.

⁸⁷⁷ Este último criterio carecerá prácticamente de validez referido a la franquicia, en cuanto que respecto de ésta no podemos hablar de un producto de los varios que distribuye el franquiciado, al menos relativo en tal negocio, en cuanto que sólo puede vender los suministrados por el franquiciador o los autorizados por éste en el marco del negocio; por lo tanto, la clientela quedará siempre referida a tal negocio en cuestión y no al conjunto de la actividad de la empresa franquiciada

⁸⁷⁸ SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-.

g. Reflexión acerca de la admisibilidad del llamado "daño moral"

El daño moral se infiere a la salud, la libertad, el honor y, en general, a los derechos de la personalidad, con independencia de las consecuencias patrimoniales que deriven del propio incumplimiento. En este sentido, la STS de 15 febrero 1994 apreció la existencia de daños morales en un supuesto de incumplimiento contractual⁸⁷⁹, por lo que el supuesto podría reconocerse respecto de un contrato de franquicia, y más habida cuenta de la naturaleza fiduciaria del mismo.

Los mismos requisitos necesarios para la aplicación del art. 1101 C.c., la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos⁸⁸⁰, se precisan para la estimación de indemnización en el caso de daños morales⁸⁸¹. Tales requisitos, sin embargo, son aplicados *teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes*⁸⁸², introduciéndose un criterio de subjetividad en su apreciación por el tribunal/juez *a quo*, ante la carencia de pruebas directas y objetivas que determinen la concurrencia de efectivos daños de apreciación no tangible.

⁸⁷⁹ STS núm. 78/1994, de 15 de febrero -RJ 1994/1308-. Actualmente, en la posición del TS parece predominar la tesis de estimar la indemnización de daños morales aunque deriven de infracción de contrato; así, *vid.* STS núm. 981/1997, de 11 noviembre -RJ 1997/7871-, STS núm. 1011/1999, de 30 de noviembre -RJ 1999/8439-, STS núm. 867/1996, de 21 de octubre -RJ 1996/7235-, STS de 27 de julio de 1994, -RJ 1994/6787-.

⁸⁸⁰ STS de 30 de noviembre de 1973 -RJ 1973/4547-.

⁸⁸¹ *Vid.* STS núm. 739/2003, de 10 de julio, -RJ 2003/4622-.

⁸⁸² *Vid.* STS núm. 867/1996, de 21 de octubre -RJ 1996/7235-, *cit.*

Sobre esta premisa, los eventuales franquiciados que vean lesionados sus intereses por incumplimiento contractual del franquiciador, o bien sobre la base del abuso de derecho, en los casos en que tal abuso se determine, o incluso cuando la renovación del contrato de franquicia de duración determinada era ciertamente previsible y no fue así, tienen un campo abierto de reclamación por la lesión ocasionada a su imagen como empresarios, en cualquier caso a determinar puntualmente⁸⁸³. Efectivamente, en este ámbito la noción de resarcimiento abandona un concepto patrimonial, según el cual se resarce en función de la disminución causada, y adopta un concepto más amplio que considera la alteración de una situación favorable⁸⁸⁴.

Sin embargo, la praxis actual no parece augurar la prosperabilidad de tales causas. Así, si bien respecto de un contrato franquicia nunca se ha planteado la pretensión, sí con relación a uno de concesión mercantil concluido por tiempo indefinido y que se resolvió *ad nutum* por el concedente sin que el motivo prosperase. El eje de la denegación se encuentra en el origen del incumplimiento contractual que fundamenta la indemnización y éste no radica en la finalización de la relación negocial, sino en haberse utilizado la facultad de extinguirla sin atenderse a lo expresamente pactado sobre el preaviso. Por lo tanto, la indemnización debe contraerse a las consecuencias económicas ligadas a la omisión del preaviso pero sin que sea lícito extenderla a los daños y perjuicios producidos por la resolución misma. Además, toda obligación de indemnizar por daños y perjuicios al

⁸⁸³ *Vid.*, como caso aplicado de daño moral a una situación de abuso de derecho, STS de 27 de julio de 1994, -RJ 1994/6787-, *cit.*

⁸⁸⁴ *Vid. Comandè, G.* "Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto", *Contratto e impresa*, 1994, p. 873. Sobre incumplimiento contractual y daño moral en el Derecho italiano y francés, *vid. Franzoni, M.* "Danno morale", *Contratto e impresa*, 1990, pp. 336-340.

amparo del art. 1101 C.c., requiere prueba de los ocasionados, en el caso la de los subsiguientes al cese de la distribución⁸⁸⁵, y en este tipo de supuestos, la demostración del daño causado en la imagen del empresario afectado es muy difícil.

Resulta más probable que resulte en este orden lesionado el franquiciador por el uso indebido de los signos distintivos de la franquicia tras la cesación del contrato, si bien su defensa en este campo queda más bien situada en el ámbito de la competencia desleal.

B.4. Incidencia de la autonomía de la voluntad como factor de exclusión de la indemnización procedente en la extinción del contrato de franquicia.

Como ya hemos indicado, es frecuente que el contrato contenga concretas previsiones que excluyan las indemnizaciones postcontractuales, cuyo valor ha sido sujeto de diversas indicaciones por la jurisprudencia.

Respecto de la clientela, en referencia al contrato de distribución o al de concesión, incluso cuando se ha estimado la procedencia de la aplicación analógica de la LCA⁸⁸⁶, de carácter imperativo, al tiempo se ha afirmado el carácter dispositivo referido

⁸⁸⁵ Vid. la STS, de 3 julio 1986 -RJ 1986/4408-.

⁸⁸⁶ El tenor literal de esta Ley no deja margen de dudas acerca de la indisponibilidad de las indemnizaciones que recoge, como señala el art. 3.1. de su articulado y ha precisado la jurisprudencia. Así, v.gr., la STS de 27 enero 2003, *Actualidad Civil*, <http://authn.laley.net>, "La denominada indemnización por clientela, regulada en el art. 28 LCA,... tiene carácter indisponible por aplicación del art. 3.1. de la propia Ley especial... Por consiguiente, al someter las partes la relación jurídica establecida entre ellas al régimen de la L 12/1002, la renuncia a la indemnización por clientela recogida en una de las estipulaciones contractuales incide en nulidad absoluta por ser contraria a norma imperativa y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6.3 y 1255 C.c.".

a estos contratos⁸⁸⁷. Respecto de la franquicia, en cuanto que consideramos que tal elemento debe ser considerado como valorable en el lucro cesante, el juicio de valor correspondiente debe trasladarse al general que corresponda a la incidencia de la autonomía de la voluntad en la indemnización de daños y perjuicios.

La apreciación efectuada por la jurisprudencia ha otorgado criterios distintos según la causa de la extinción del contrato. Así si bien la cláusula exoneratoria se admite cuando el fin del contrato ha lugar por cualquiera de las formas previstas y admitidas en el Derecho, entre las que se encuentra la resolución *ad nutum*⁸⁸⁸, no es admitida cuando la causa es el incumplimiento del franquiciador o cuando éste puso fin de forma intempestiva al contrato.

⁸⁸⁷ Así, *v.gr.*, autores como Martínez Sanz, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op.cit.*, pp. 329-335, espec. p. 332; y, entre la jurisprudencia, *vid.* STS núm. 321/2004, de 26 de abril -RJ 2004/2714-, STS de 5 de febrero de 2004 -RJ2004/639- o la STS de 28 de enero de 2002 -RJ 2002/2305-.

⁸⁸⁸ Como ha reiterado la jurisprudencia sistemáticamente, según vimos en el apartado correspondiente, en los contratos en los que juega el *intuitu personae*, "por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación del plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente correr", según resumimos de la SAP Lleida núm. 329/2003, de 15 de julio, -JUR 2003/220875-. Igualmente, la SAP Lugo núm. 19/1998, de 15 de enero -AC 1998/2825-, en un contrato de concesión comercial sin plazo de duración admite que pueda ser resuelto unilateralmente, añadiendo que, "como no se ha pactado para este supuesto que sea procedente una indemnización, la resolución del contrato no produce el derecho a ser indemnizada la otra parte". También respecto de un contrato de concesión, la SAP Madrid núm. 482/1999, de 4 junio -AC 1999/1472-, en su Fto. Dcho 4º., se ha pronunciado afirmado que "...La resolución, lógicamente, será lícita y no producirá indemnización alguna cuando se haya producido en la forma recogida en el contrato y para supuestos de real incumplimiento". Análogo razonamiento se recoge en la SAP Madrid, núm. 44/2004, de 21 de enero -JUR 2004/251443-.

Además de la causa de extinción del contrato, otro elemento que ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia en casos relativos a contratos de distribución es la naturaleza adhesiva del contrato, interpretando el margen de la autonomía de la voluntad en este campo de forma restrictiva⁸⁸⁹. Tal aplicación restrictiva no supone necesariamente exclusión y así, en otras ocasiones, la expresa previsión en el contrato excluyente de la indemnización, sí ha sido considerada como "*elemento a tener en cuenta*" a efectos de la valoración de su procedencia y/o cuantía⁸⁹⁰.

En el juicio sobre el margen de la discrecionalidad de las partes en este punto, encontramos un elemento válido de razonamiento en los preceptos legales que fundan la indemnización por daños y perjuicios de origen contractual.

⁸⁸⁹ Así se han aportado razonamientos según los cuales "*respecto del llamado contrato de adhesión -cual es evidentemente el que dio origen a los presentes autos- cualquier duda que pudiera ofrecerse, ha de ser resuelta en contra de quien dicte las condiciones de aquél, según norma de interpretación universalmente aceptada*"; vid. el Fto. Dcho. 3º de la STS, de 15 noviembre 1989 -RJ 1989/7881- relativa a un contrato de distribución que, recoge en su apoyo, las sentencias, también del TS de 18 de mayo de 1954 y 22 febrero 1985 -RJ 1985/742-.

⁸⁹⁰ SAP Málaga núm. 449/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244256-, *cit.*, según la que la clientela integra la indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución abusiva del contrato, y que en la valoración de su procedencia afirma que "*siendo elemento esencial a tener en cuenta que las partes en aquél momento pactaron expresamente en uso de sus facultades dispositivas contenidas en el art. 1255 C.c. no solamente el no permanecer indefinidamente vinculadas sino, además, la exclusión de indemnización por clientela a favor de la concesionaria, habiendo procedido la concedente a denunciar el contrato unilateralmente dentro de los términos pactados con la antelación de los dos meses... sin que pueda entenderse que se produzca un enriquecimiento ilícito a favor de la concedente a raíz de la terminación contractual, habida cuenta que con anterioridad a ésta la marca 'Camy', notoriamente conocida, estaba ya implantada en las zonas de..., denuncia unilateral que, a mayor abundamiento, no se practicó en forma inmotivada, ya que obedeció a una reestructuración del mercado...*"

En concreto, el art. 1101 C.c., sitúa el fundamento indemnizatorio en la responsabilidad derivada de una acción causada por un contratante mediando dolo, negligencia o morosidad, así como por contravención del tenor de las obligaciones que le eran exigibles al causante del daño⁸⁹¹. Como consecuencia, buscaremos la posible exclusión de la responsabilidad según cuál sea la causa que la origine.

Como ya hemos indicado, si trae una causa dolosa, no cabe renuncia posible de la acción, queda excluida la disposición de las partes ex art. 1102 C.c., si bien tal prohibición alcanza a la renuncia anticipada, pero no a la responsabilidad ya surgida como consecuencia de un acto doloso, siempre que no implique la renuncia a la persecución de delitos de oficio⁸⁹². Fuera de este

⁸⁹¹ Las tres primeras causas se explican en otros tantos artículos del C.c. (1100, 1102, 1103 y 1104); no así "*los otros modos de contravención*", fórmula abierta que puede comprender situaciones muy dispares, como las contravenciones lícitas de lo pactado, o los daños causados no obstante haber cumplido lo que era debido; *vid.* Santos Briz, J. "Comentario al art. 1101 C.c.", en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, J.L. Albácar López (coord.), tomo IV, 4ª edición, Madrid: Trivium, 1995, p. 83.

⁸⁹² La cuestión a precisar en el caso concreto es la concurrencia de conducta dolosa imputable al franquiciador, lo que supone conciencia de influir antijurídicamente sobre la conducta de la otra parte, provocando en el franquiciado una representación errónea, o su refuerzo o su mantenimiento. Para ello, no es necesario una comunicación directa, pues puede deducirse también de otras conductas como es el caso de silenciar aquello a lo que se estaba debido; en este último caso, sólo puede hallarse una conducta dolosa en el callar consciente cuando preexista un deber u obligación a verificar una comunicación o declaración veraz, o cuando haya de producirse esa declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico; *vid.* Santos Briz, J. "Comentario al art. 1102 C.c.", en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 103 y ss. Respecto de la franquicia, cabría pensar en la obligación de preaviso ante la resolución unilateral en un contrato de duración indefinida, o en el supuesto de inducción a realizar fuertes inversiones a sabiendas que se iba a proceder a la no-renovación del contrato. Todo estos supuestos, y otros posibles, se concretan en la prueba del dolo en el caso litigioso, la cual deberá ser apreciada por el juez o tribunal *a quo*.

caso, en hipótesis se puede excluir la responsabilidad de forma expresa o tácita, si bien sólo cabe pensar en esta sede en la expresa como previsión contractual, puesto que ha de quedar acreditada la voluntad consentidora del contratante perjudicado. En cualquier caso, para la dejación de la pretensión indemnizatoria bastaría con no actuar en el plazo de prescripción de quince años desde la extinción del contrato⁸⁹³, puesto que tal resarcimiento no se concede *ipso iure* sino a instancia de parte

Con arreglo a las limitaciones y condicionantes expuestos, concluimos que mediante estipulación expresa se puede excluir previamente si se deriva de culpa o negligencia con las limitaciones establecidas en los arts. 1103 y 1104 C.c. y, evidentemente, dentro del marco genérico establecido en el Derecho respecto de la libertad de contratación, que no admite la renuncia (pacto) que contravenga la moral o las buenas costumbres o leyes específicas que la prohíban⁸⁹⁴ (*v.gr.* por la normativa sobre condiciones generales de la contratación)⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Art. 1964 C.c., *cit.* y comentado *supra*.

⁸⁹⁴ Santos Briz, J. "Comentario al art. 1102 C.c.", *op.cit.*, pp. 103-108. Del art. 1103 C.c. se deduce la permisibilidad de pactos contractuales por los que se elimine, se agrave o se gradúa la responsabilidad que procede de negligencia, habiéndose de tener en cuenta los límites impuestos por los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes. Apreciaciones que procederá estimar a los tribunales, habida cuenta del tenor literal de dicha disposición (...: *pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*). *Vid.* Santos Briz, J. "Comentario al art. 1103 C.c.", en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, J.L. Albácar López (coord.), tomo IV, 4ª edición, Madrid: Trivium, 1995, p. 122.

⁸⁹⁵ Nos remitimos a lo indicado en el apartado correspondiente a la incidencia de esta normativa respecto del contrato de franquicia, que implica la obligación de que el franquiciado tenga un conocimiento preciso de aquello a lo que se obliga, quedando clara su aceptación -adhesión-, al caso, a la renuncia a pretensión alguna de indemnización por daños y perjuicios tras la extinción del contrato.

Conclusiones.

1.- Planteamiento.

Concluir acerca del contrato de franquicia con relación a su extinción y las consecuencias que de éste se derivan no es fácil, especialmente desde el punto de vista que pretende tutelar al franquiciado frente a la posición presunta dominante del franquiciador, dados los matices que con relación a las variedades de presentación de dicho contrato se presentan.

Así, asumir sin más la posición débil del franquiciado en el contrato respecto del franquiciador que impone las concretas condiciones del contrato, calificado así de adhesión, no deja de ser una generalización que, por razón de su misma generalidad adolece de excepciones destacables. Concretando: en un tipo de franquicia asociativa, por ejemplo, donde el franquiciador participa económicamente en la franquiciada, e incluso éste participa minoritariamente en el capital del franquiciador, ¿puede afirmarse que una de las partes realmente se encuentra en situación de debilidad respecto de la otra?; quizás sí, pero la respuesta no está exenta de tonos que merecen una concreta consideración.

Otro ejemplo de las variables que dificultan una respuesta unívoca es en el caso de la multifranquicia, donde el franquiciador concede más de una franquicia al mismo franquiciado, incluso a veces éste, por posición económica y por número de unidades franquiciadas dentro de la red, posee una posición mayoritaria, cuyo poder negociador se ve fortalecido hasta el punto de que si se retirase o provocase un mal funcionamiento de la red, provocaría un grave descrédito de la imagen corporativa.

También cabe considerar entre este tipo de situaciones, los grupos de inversiones que adoptan el sistema de franquicia como una forma de rentabilizar el capital que invierten; ¿realmente, qué tiene que ver este grupo económico compuesto por bancos e

industriales con la imagen "débil" que se posee del franquiciado, empresario que accede por primera vez al mercado como fórmula de invertir sus ahorros, o del pequeño comerciante que busca de este modo modernizar su sistema de comercialización?.

Sin embargo, y a pesar de estos y otros supuestos semejantes, las características del tipo, *objetivamente* determinan que el franquiciado se encuentre en una situación negocial de dependencia respecto de su principal, en cuanto que no posee una capacidad negociadora efectiva ni en la fase previa a la integración en la red de franquicia, ni a lo largo de la vida del contrato ni, de forma acusada por la ligazón económica creada y sostenida a lo largo de la vida de su concreto negocio, en el momento de la renovación y/o extinción del contrato que lo sustenta; si bien *subjetivamente*, por mecanismos extracontractuales, el franquiciado puede estar armado de una posición "fuerte", en situaciones como las descritas ejemplificativamente. Sobre la base del supuesto marco que determina la relación desigual entre las partes, dicho vínculo subordinado comporta unas ventajas competitivas innegables, con efectos sobre el mercado y sobre los contratantes en particular pero, al tiempo, conlleva un riesgo de excesiva precarización de la parte débil de la cadena.

Desde este parámetro, hemos analizado diferentes mecanismos jurídicos, nacionales, transnacionales, de Derecho uniforme y deontológico, que pretenden corregir la excesiva ventaja de la empresa "fuerte" en cuanto que relevantes para la franquicia y que proyectan su eficacia sobre la terminación del negocio jurídico obligacional.

2.- *Delimitación del contrato de franquicia. carencia de regulación de la extinción del contrato y problemática planteada.*

Pero no era procedente sumergirse en el núcleo del tema propuesto sin antes elucidar la cuestión previa de la delimitación

misma del contrato de franquicia, puesto que los interrogantes planteados surgen y van a encontrar su razonamiento en la función del contrato, en la finalidad que desempeña dentro de la vida social, en el resultado que con él las partes tratan de obtener, en definitiva, en la misma causa del contrato.

De acuerdo con este criterio, hemos definido al contrato de franquicia como una figura autónoma y compleja no subsumible en ninguna otra categoría jurídica, híbrido de contrato de disposición y de organización, destinado a la creación de una unidad económica y funcional donde las relaciones entre las partes son descendentes y generalmente verticales, parcialmente típica, mediante la licencia sobre los bienes inmateriales de la empresa y el reparto de funciones internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema y, por su causa, encuadrable dentro de los negocios jurídicos de distribución integrada. Sin embargo, este encuadramiento tipológico no fija la cuestión, habida cuenta de que este problema tampoco está definitivamente resuelto en este tipo de contratos.

La ausencia de una disciplina reguladora de los aspectos sustantivos de los contratos de distribución integrada, entre los que se encuentra el de franquicia, tiene una especial trascendencia en el momento de su extinción, puesto que plantea problemas singulares, especialmente si el contrato es de duración indefinida. Partiendo de la base de que éste es un contrato fundado en la interrelación, en la colaboración continua y, en la defensa de un interés comercial común, que no único, evidentemente todas estas contingencias no se actualizan en el proceso normal de actuación fiduciaria de ambas partes, sino cuando ésta quiebra. Todas las demás cuestiones son derivadas a la ruptura de la fiducia entre las partes y, particularmente, cuando ésta es provocada o viene precedida por la acción del franquiciador.

A las cuestiones surgidas de la extinción del contrato se suma el problema de sus efectos, producidos si el contrato era de duración determinada como indefinida: las limitaciones postcontractuales de competencia, la retirada de mercancías sobrantes y la liquidación de saldos de material, así como la posibilidad de resarcir al franquiciado por la pérdida de clientela o por la no-amortización de inversiones, entre otros conceptos.

El origen de todas estas cuestiones parte de la determinación de la duración del contrato, sobre lo que nada hay previsto y, aún más, tampoco es exactamente necesario. La referencia estimable con carácter general es la necesaria amortización de la inversión efectuada por el franquiciado. Los demás criterios que aconsejen una mayor o menor duración son siempre relativos y dependerán de las circunstancias coyunturales de cada franquicia, con algunas referencias que deben observarse del Derecho de la competencia. Y aún, respecto de cada caso concreto, tampoco es fácil determinar un periodo en el que se considere que la amortización ha sido alcanzada. Por esta razón, el mecanismo de satisfacción de las partes en el momento de la conclusión del contrato depende de la correcta articulación de un doble mecanismo: el de preaviso, si se va a proceder a la extinción del contrato, y el de prórroga del mismo, ante su renovación cuando es de duración determinada.

3.- La renovación o extinción del contrato de franquicia de duración determinada.

La tensión bipolar que debe resolverse debe mediar entre el interés del franquiciador que, con la perspectiva de la no-renovación y/o de la decisión de prorrogar el contrato o de resolverlo unilateralmente si es de duración indefinida, defiende la elasticidad y la tensión del propio aparato distributivo; y del otro lado, la del franquiciado, que pretende con la continuidad del negocio no perder la clientela ni ver comprometidos todos los

intereses efectuados en términos de capital, materias primas, adecuación de instalaciones, bienes almacenados, y elementos semejantes o, en el caso de ver frustradas sus aspiraciones de continuidad, su interés en poder reorientar su futuro económico y profesional.

Las soluciones legales a esta cuestión no son uniformes en el Derecho comparado y pasa, generalmente, por aquella normativa que sanciona la explotación abusiva de la dependencia económica, al caso, del franquiciado y que se ubica en el marco de defensa de la competencia en sentido amplio, o en la aplicación analógica de las disposiciones que regulan otros contratos. Evidentemente, la excepción genérica recogida en dichas leyes según la que no se precisa preaviso, es el caso de *causa justificada* que valide la resolución extemporánea, tal como el incumplimiento de parte o la fuerza mayor.

Particularmente, de los países europeos sobre los que nos hemos detenido, Italia, Francia, Alemania, Austria, Suiza y Bélgica, el estudio de las disposiciones relevantes exigen, como característica general, un plazo *razonable* de preaviso antes de proceder a la resolución unilateral del contrato de duración indeterminada y, en el caso de no observarse, una indemnización o resarcimiento por daños y perjuicios.

Si éste es de duración determinada, no es necesaria tal previsión, si bien la resolución en la fecha prevista en el contrato ha de ser conducida de buena fe. La mala fe consta, *v.gr.*, en actos tales como amenazas o coacciones de pretenden cambiar condiciones sustanciales estipuladas so pena de no renovar, la ejecución previa de actos generadores de una confianza segura en tal renovación que mueve al franquiciado a invertir, sin que luego se produzca, etc. En tales supuestos lo que no parece posible es sancionar tal conducta con una prolongación del contrato más allá

de la voluntad de las partes, sino una indemnización por el perjuicio causado; con excepción de Bélgica, según cuya legislación, con referencia a la normativa de aplicación a los concesionarios y que, ciertamente, es dudoso si debe aplicarse a la franquicia, la no-observancia del preaviso se sanciona con la prórroga indefinida del contrato.

En el Derecho alemán se ha encontrado una solución específica que la doctrina y jurisprudencia aplica en común a todos los contratos de distribución, apoyándose en la normativa propia de la agencia ante la escasa eficacia práctica de las disposiciones propias del Derecho de la competencia. El preaviso se exige respecto de los contratos de duración indeterminada, así como los de duración definida, tasado en función del tiempo de ejecución del contrato y susceptible de pacto de las partes alargándolo, pero nunca reduciendo las previsiones legales.

El régimen jurídico español no es ajeno a la estructura descrita respecto del común de los sistemas de Derecho comparado comentados. En nuestro ordenamiento, igualmente, el mero transcurso del tiempo pactado no exige preaviso alguno ni denuncia si no se pactó en el contrato. La extinción del contrato sólo sería en este caso sancionable si se indujo razonablemente al franquiciado a creer, y adoptar las inversiones oportunas, que el contrato sería renovado. Si bien, lo frecuente es establecer la prórroga del mismo en virtud del mecanismo que los contratantes hayan pactado.

En este ámbito adquiere igualmente un contorno propio la normativa que sanciona el abuso de posición dominante ante la ruptura considerada arbitraria, cuando se dan determinadas condiciones establecidas en la LCD y en la LDC si bien, el preaviso escrito que ha de preceder la ruptura con seis meses de antelación en estos casos, valorable sin duda, no soluciona definitivamente

esta cuestión relativa a la franquicia. Así, no es una solución clara para el caso de no-renovación del contrato de franquicia extinguido éste en la duración prevista en el contrato, al ser una cuestión sujeta a interpretación, por más que la doctrina se muestre favorable, con lo que dependerá del juez *a quo* que dirima la cuestión. En segundo lugar, se precisa que el franquiciado demuestre el abuso de posición dominante y las consecuencias negativas de tal situación, no siempre de fácil prueba y más si el franquiciador respeta en la resolución del contrato el plazo de preaviso en él establecido, que en la normativa española se establece en un mínimo de 6 meses, aún cuando efectivamente la resolución implique un efecto discriminatorio. Al tiempo, tasar el preaviso en 6 meses, aún siendo un tiempo estimable, puede resultar injustificadamente largo en contratos de corta duración y quizás breve en relaciones largamente consolidadas entre las partes.

Distinta de esta cuestión es la renovación del contrato, que no implica la prórroga del mismo en cuanto que supone la introducción de ciertas modificaciones o adaptaciones impuestas por el franquiciador. El franquiciado podrá acceder a la misma siempre que haya cumplido de la forma prevista sus obligaciones y, evidentemente, que acepte formar parte del acuerdo de franquicia tal y como le es formulado al momento de la renovación.

Las disposiciones que en los distintos países regulan la cuestión del preaviso y las cautelas relativas a la renovación del contrato parten, a su vez, de un entramado jurídico en el que subyace el condicionante del franquiciado como contratante débil y que proyecta su eficacia sobre diversos aspectos del negocio con distinto alcance práctico sobre la terminación del mismo y que van más allá de las cuestiones indicadas. Por esta razón, y antes de avanzar sobre las mismas, era conveniente analizar el marco

regulador del contrato en distintos órdenes, nacional, internacional y de otros países, especialmente en cuanto éste acogiese la salvaguardia de los intereses del franquiciado ante la eventual explotación de su dependencia del franquiciador.

4.- *La terminación del contrato de franquicia y la tutela del franquiciado como contratante más débil.*

La cronología de este tipo tuitivo de normas reguladoras del contrato viene determinada en su origen por aquellas destinadas a proteger a aquellos interesados en formar parte de una red de franquicia frente a franquiciadores sin escrúpulos que les vendían *cortinas de humo*. Estas leyes de "revelación o descubrimiento" de la franquicia, normalmente requieren el registro de la misma, a veces también del franquiciador, y la comunicación previa a la conclusión del contrato de una serie de informaciones entre las que se encuentra la duración del contrato y las condiciones de su renovación.

4.1.- La protección jurídica contractual del franquiciado en EEUU.

Con origen en EEUU, se extendieron pronto en el ámbito europeo, la primera ley la francesa y la última reformada la italiana, no siendo en la actualidad España una excepción. La aportación de estas leyes merecen una valoración positiva en cuanto a la finalidad propuesta, vinculando al franquiciador respecto de aquellas informaciones reveladas respecto de las condiciones de resolución y las de renovación del mismo, si bien no alcanza a otras cuestiones derivadas, como es la liquidación del negocio o la complicada cuestión de la indemnización postcontractual no derivada de incumplimiento previo. Por su parte, los códigos deontológicos del sector también contienen previsiones sobre dicha información precontractual, si bien su eficacia es totalmente dispositiva.

El segundo tipo de normas dirigidas a regular el contrato de franquicia buscando salvaguardar las buenas prácticas en el contrato y, especialmente, en el momento de su extinción, directamente ha buscado regular el contenido del contrato, las relaciones entre las partes, si bien esta técnica ha sido mal acogida por la doctrina. De entre los distintos países que han legislado sobre el particular, destaca por su profusión y antigüedad la normativa norteamericana.

Es precisamente en los EEUU donde la regulación sustantiva del contrato de franquicia ha alcanzado un mayor desarrollo con distintos objetivos y alcance tanto en el ámbito judicial, como en las leyes federales y en las estatales. La jurisprudencia del país ha venido desarrollando un principio específico de buena fe y práctica leal que actúa como un estándar universal aplicable a la actuación de cada contratante, y especialmente aquí referido al franquiciador, con independencia de las concretas cláusulas que contenga el contrato, y cuyo fin es proteger al franquiciado con relación a los beneficios que razonablemente quepa esperar.

Respecto del ámbito legal, a nivel federal, la regulación versa sobre la información precontractual a la que ya nos hemos referido, sin que hayan cuajado proyectos de ley que tenían por objeto el contenido del contrato. Es en el ámbito estatal donde con un elevado índice de controversia se ha regulado en algunos Estados la terminación y renovación del contrato de franquicia con una extraordinaria inflexibilidad: así, en éstos, la extinción del contrato ha de venir precedida necesariamente de justa causa, que excluye en la mayoría de los casos la pérdida de confianza entre las partes ni aún cuando éste sea de duración indefinida. Por otra parte, en muchos de ellos también se contienen previsiones acerca de la obligación de recompra por el franquiciador del stock inicial de la franquicia. Subyacente a todos estos patrones indicados en la

maximización de un principio de buena fe contractual concretado en el contrato que nos ocupa.

4.2.- La protección del contratante débil en el comercio internacional.

Por su parte, un tercer tipo de regulación con aplicación sobre el contrato, y éste en un contexto internacional, es en el ámbito del Derecho uniforme, en el que distintos institutos con proyección internacional han hecho loables esfuerzos por aportar un patrón común que sirva como marco de regulación de la relación entre contratantes que actúan en diversos Estados y/o para servir de inspiración a las legislaciones nacionales en la materia. En los Principios UNIDROIT y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, no específicamente dirigidos a la franquicia, se contiene una serie de previsiones dirigidos a corregir las desigualdades injustificadas entre los contratantes al momento de su conclusión, y durante su ejecución, para el caso de imposibilidad temporal o definitiva del cumplimiento de las obligaciones propias de una de las partes. Sobre la excesiva onerosidad y la fuerza mayor también encontramos disposiciones de la Cámara de Comercio Internacional de París que, a mayor abundamiento, toma referencias de aquellos. Estas disposiciones han tenido una excelente acogida en la contratación internacional y, sin duda, es en este ámbito donde desarrollan toda su virtualidad. La defensa de sus postulados es plena si son aceptados en el contrato y, de forma clara, cuando la sede ante la que se litiga es arbitral. De otra forma, presentan la eficacia propia de la autonomía de la voluntad de las partes dentro de un marco jurídico nacional.

4.3.- La terminación contractual y la tutela de los contratantes en el ordenamiento jurídico español.

Centrándonos en el caso español, en la jurisprudencia española relativa al contrato de franquicia no existe apoyo para justificar un tratamiento protector del franquiciado. Cuando ha fallado a su favor una indemnización, ésta tiene su origen en el art. 1124 C.c., esto es, en el incumplimiento previo de alguna de las obligaciones propias de carácter esencial debido al franquiciador. Consecuentemente, la valoración de algún posible estatuto protector del franquiciado parte del estudio sistemático de instituciones tradicionales en nuestro Derecho que entroncan con la justa causa, la buena fe y el enriquecimiento injusto y especialmente en aplicación práctica a otros contratos de la distribución comercial.

La noción de abuso de derecho ha sido desarrollada judicialmente, estimando que se ha procedido de forma maliciosa cuando no se ha preavisado de la intención de romper el contrato con antelación al vencimiento previsto, no hay causa calificable como justa o resulte arbitraria y con daño para la otra parte. Conceptos, por otra parte, también conocidos en otros ordenamientos jurídicos, y particularmente en algunos Estados norteamericanos según hemos visto. Sin embargo, tal noción resulta un tanto ambigua, pareciendo dar pie a la inseguridad jurídica al dejar en manos del juez, producido el hecho litigioso, su valoración sobre contornos no muy precisos. Por otra parte, parece casar mal con el derecho reconocido en la jurisprudencia para los contratos de duración indefinida de resolución *ad nutum* con exoneración de responsabilidad.

La doctrina del enriquecimiento injusto, por su parte, ha sido profusamente utilizada por nuestra jurisprudencia con anterioridad a la LCA para justificar la compensación por clientela. Si bien, su aplicación presenta notables dudas respecto de la concurrencia o

no de los requisitos que les son necesarios y, particularmente, la inexistencia de justa causa de la atribución patrimonial.

Un elemento caracterizador del contrato de franquicia que precisa de una atención particular desde la óptica planteada, es su carácter adhesivo. Y así, la práctica demuestra que éste se presenta como contrato-tipo al que desea incorporarse como franquiciado, con un conjunto fijo de condiciones generales que lo integran y que operan un desplazamiento del riesgo sobre éste, parte económicamente más débil. En su virtud, la reglamentación contractual predispuesta mediante condiciones generales y contratos estándar supone un riesgo de abuso de poder económico de la parte negociadora prepotente, insito en la atribución injustificada de los riesgos de la ejecución del contrato sobre la parte más débil en la contratación.

Entrando plenamente el contrato en el ámbito de aplicación de la LCGC, ésta impone al franquiciador una serie de previsiones de necesario cumplimiento para otorgar plena validez a sus cláusulas: en particular, debe informar expresamente de la existencia de las condiciones generales y facilitar un ejemplar de las mismas; información que ha de ser completa y temporalizada al momento de la celebración del contrato, en la fase antecedente a su perfección de forma que el franquiciado pueda sopesar la conveniencia de adherirse o no. Consecuentemente, ha de ser susceptible de provocarle un conocimiento real, efectivo en cuanto a su cognoscibilidad, para que pueda hablarse de un consentimiento no erróneo. Una vez conocidas, la LCGC exige que formen parte del contrato y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez y, para dar constancia de la adhesión del aceptante, que sea firmado por todas las partes implicadas, so pena de ineficacia.

5.- Formas de extinción del contrato de franquicia.

Dentro del tratamiento de la extinción de la franquicia, parecía propio describir las formas en que ésta tiene lugar. De algunas cabía sopesar si procede indemnización, y por qué concepto.

La terminación del contrato de franquicia puede deberse a una causa ordinaria, cuando finaliza del modo estipulado por alguna causa en él consignada, siendo el supuesto común la expiración del tiempo convenido, o por otro motivo. Entre los motivos unilateralmente decididos adquiere una especial significación, por la complejidad de los matices que se derivan, la resolución cuando éste es de duración indefinida, que faculta a una parte contratante para dejar sin efecto el contrato perfectamente válido, que no tiene defectos ni vicios estructurales y sin causa en que se funde porque así lo admite el Derecho. Existen, por el contrario, otros motivos que sí fundamentan la conclusión de la relación negocial, la primera de las cuales es el incumplimiento de la contraparte.

En las diferentes formas de extinción del contrato podemos apreciar unos contornos propios de esta figura negocial derivada del carácter *intuitu personae* o *instrumentii* del mismo y que afectan de forma especial a las contingencias de esta naturaleza que afecten al franquiciado. Particular importancia en esta sede es, por ejemplo, la obligación de contar con el consuno del franquiciador para proceder a la transmisión de la franquicia, o la difícil viabilidad de la misma en el supuesto de declaración de insolvencia de aquél, si bien esta última situación no implica necesariamente la extinción del contrato ni aún cuando fuera así consignado en el mismo, según un principio de *favor negotii* reforzado tras la última reforma concursal.

Si bien, el modo de extinción del contrato de franquicia que ha sido objeto de un estudio más profuso ha sido la resolución

unilateral cuando éste es de duración indefinida. Admitida ésta como principio general de los contratos sin tiempo previsto de finalización y especialmente así indicado respecto de algunos donde la relación personal y de confianza entre las partes así lo hace necesario; por otra parte, esta es la posición de otros países de nuestro entorno. Aceptada la posibilidad, especialmente hábil para el franquiciador, de con una arbitraria y simple declaración de voluntad recepticia, sin alegación de causa alguna ni justificación de motivo propio, dar por extinguido el contrato con eficacia *ex nunc* y sin perjuicio del resarcimiento que cupiere en su caso, el ordenamiento jurídico ha establecido unas limitaciones para corregir los abusos que en su virtud se puedan producir. En el Derecho español ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado, y se resumen, básicamente, en exigir el cumplimiento por quien adopte tal decisión de un deber de preaviso impuesto por la buena fe como estándar de comportamiento admisible socialmente. De esta forma, el desestimiento operado sin el debido respeto de un plazo de preaviso razonable se asimila al incumplimiento sobre la base de la transgresión de la buena fe. Como consecuencia, dará lugar a la oportuna indemnización por daños y perjuicios irrogados por la abrupta decisión, que no por la ruptura del contrato en sí mismo considerada.

Lo que no parece admisible, en todo caso, es aplicar a esta clase de contratos de colaboración empresarial los preceptos de carácter imperativo de la LCA, considerando que es necesario dar un plazo de preaviso de 1 mes por año de relación contractual o que necesariamente los perjuicios por el preaviso no observado deban ser medidos como la ganancia bruta obtenida con la distribución durante todo el plazo omitido. La LCA es sólo inspiradora por analogía de ciertos criterios de indemnización a la extinción del contrato de distribución, y siempre podrá ponderarse en relación con el tipo de distribución y producto o servicio si el

preaviso fue o no suficiente y razonable, en qué términos se hizo y, sobre todo, respecto de las pruebas que se aporten sobre los daños y perjuicios que puedan derivarse.

En este ámbito adquiere una virtualidad específica, en cuanto a la necesidad de observar un adecuado preaviso, el régimen específico propio de la defensa de la competencia y de represión de conductas desleales, especialmente tras la reforma operada por Ley 52/1999. En su virtud, se recoge con redacción idéntica en la LDC y en la LCD, salvo alguna matización, una protección desde este ámbito a la explotación abusiva de una situación de dependencia, particularmente, frente a la ruptura del contrato total o *parcial* sin el previo preaviso escrito de 6 meses, o a las amenazas o coacciones de ruptura que pretendan obtener determinadas ventajas injustificadas.

Ambos supuestos son posibles en abstracto respecto de una concreta relación de franquicia que, de este modo, es susceptible de aplicación de los mecanismos legales de protección de la empresa dependiente. Las opciones del franquiciado suponen acudir a la jurisdicción civil, o iniciar el correspondiente procedimiento administrativo si por la acción del franquiciado se ha visto perjudicado el interés general para, entre otras previsibles peticiones, obtener la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, no agota esta posibilidad todas las cuestiones que afectan a la terminación del contrato, además de presentar algunos problemas prácticos la prueba de la explotación abusiva de la situación de dependencia.

6.- Consecuencias jurídicas derivadas de la extinción.

6.1- La liquidación del contrato de franquicia: stocks sobrantes, prohibición de competencia, devolución del canon de entrada.

El último punto sobre el que hemos extendido nuestro análisis, es sobre las consecuencias derivadas de la extinción del contrato, las cuales, indefectiblemente, dependerán entre otras variables, de las concretas estipulaciones que contenga y del modo concreto de finalizar éste. De entre las cuestiones que quedan irresueltas en este momento final, la primera de todas ellas, consecuencia natural de la cesación del negocio, es la liquidación de deudas pendientes y, particularmente, la obligación del franquiciado de abonar al franquiciador todas las sumas que le adeude en el momento de la resolución del contrato. Además de ésta, genérica a los contratos sinalagmáticos con contraprestación económica, habrá que tener en cuenta determinados puntos propios de este negocio jurídico: Así, los *stocks* sobrantes; es conveniente prever la obligación del franquiciado de recomprarlos, y si dicha obligación no se contemplara en el contrato, el franquiciador debe preavisar u otorgar un tiempo adicional suficiente como para permitir algún tipo de "salida" para los mismos. En segundo lugar, debe "devolverse" el uso cedido de los derechos de propiedad industrial e intelectual (marcas, patentes, *slogans*, nombre comercial, rótulos, etc.). En tercer lugar, posiblemente se verá compelido el franquiciado a respetar una cláusula de no-competencia pactada en el extinto contrato; cláusula que no podrá ser indefinida ni abarcar la totalidad del territorio, y que impedirá, durante el tiempo de su vigencia, que el franquiciado pueda ejercer actividades similares a las que ha estado desarrollando con el contrato de franquicia, siempre dentro del marco establecido por el Derecho de la competencia.

Dos de los efectos "menores" pero específicos de este negocio por lo que merecen un tratamiento individualizado, son la devolución del canon de entrada por los servicios no prestados por el franquiciador en función del tiempo restante de vigencia del contrato anticipadamente resuelto, de controvertida aplicación práctica; y las consecuencias que pueden derivarse, según su titularidad y el régimen de propiedad o posesión, respecto del local de negocio.

Mas de todos los efectos señalados, el que sin duda resulta más controvertido es la oportunidad o no de conceder al franquiciado una indemnización fundada en la misma resolución del contrato que no tenga por origen el incumplimiento del franquiciador.

6.2.- Procedencia de las indemnizaciones complementarias al franquiciado con ocasión de la extinción del contrato de franquicia.

6.2.1.- La indemnización por clientela.

a) La indemnización por clientela. Planteamiento y análisis del Derecho comparado.

Sea cual fuere la duración del contrato, la finalización del mismo por transcurso del término pactado o el de sus prórrogas, no da derecho, salvo pacto expreso al efecto, a indemnización alguna por no existir norma imperativa que lo establezca, de forma análoga a lo que ocurre con el contrato de distribución. Por esta razón, los razonamientos favorables a su estimación se construyen como criterios excepcionales, en cuanto que escapan a la aplicación de la norma general. En cuanto a los criterios interpretativos que valoran su reconocimiento respecto de la franquicia, el encuadramiento del negocio y la antigüedad de la discusión planteada necesariamente parte de los razonamientos y soluciones

adoptados respecto de los contratos de distribución en sentido estricto, especialmente en sede judicial, y en las soluciones recogidas en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Uno de los elementos integrantes del negocio susceptible de fundar una indemnización a favor del franquiciado es la clientela, como concepto no vinculado al derecho de daños. Partiendo de que la clientela obtenida durante la vigencia del contrato no pertenece al colaborador ni al empresario principal, pero éste la aprovecha e integra en su fondo comercial como consecuencia directa de la extinción de la relación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido confirmando la procedencia de las indemnizaciones correspondientes en algunos casos de contratos de distribución, sin que exista pronunciamiento valorable al respecto referido a la franquicia.

En el ámbito del Derecho comparado existe, a su vez, una posición firmemente favorable a su reconocimiento sobre la base de la analogía con el contrato de agencia, especialmente en Alemania y otros países de su entorno jurídico; si bien no es unánimemente aceptada. En Francia, la jurisprudencia y la doctrina han evolucionado sus posiciones en un razonamiento que surge con ocasión de las renovaciones del contrato de arrendamiento de los bajos comerciales donde se ubican las franquicias. En dicho país, si bien en un primer momento se estimó que el franquiciado carecía de clientela propia, en la actualidad se considera que parte de la adquirida le “pertenece”.

En esta línea argumentativa, que hace descansar en la *cesión* de la clientela *perteneciente* al franquiciado el fundamento indemnizatorio, se encuentra el Derecho belga, si bien con una notable singularidad en el tratamiento otorgado. Tal singularidad se deriva, de un lado, del tipo contractual contemplado en la ley, básicamente descrito como de distribución exclusiva *lato sensu* y,

del otro, de las condiciones objetivas que conforman el *petitum* indemnizatorio. Con relación a este último punto, causa de la indemnización es la finalización inesperada de una relación de carácter indefinido, cuando el motivo es otro que el incumplimiento de distribuidor o tiene su origen en una infracción grave del principal. Su reconocimiento depende, además de la situación objetiva descrita, de que se haya producido un enriquecimiento sustancial en el principal derivado del incremento de la clientela debido a la actividad del distribuidor-franquiciado y que ésta quede ligada al principal. Sin embargo, más allá de las disquisiciones acerca de las condiciones de aplicación de la indemnización descrita, la cuestión surge respecto de la misma aplicabilidad de esta previsión respecto de la franquicia.

b) La indemnización por clientela. Análisis y conclusiones en el Derecho Español.

En España, la doctrina se ha mostrado mayoritariamente favorable a su estimación basada sobre el hecho de la integración empresarial en la red que priva o reduce de posibilidades al franquiciado de establecer relaciones con otros proveedores. Según este razonamiento, de esta colaboración nacerían unos bienes inmateriales, un activo común constituido por las relaciones comerciales de carácter duradero establecidas con la clientela y las expectativas de beneficios, que son de esta manera objeto de liquidación al final del contrato puesto que son aptas para generar ventajas futuras y, así, evaluables en dinero. Como consecuencia, la indemnización por clientela no actúa como reparadora frente a rupturas inapropiadas o ausencias de renovación legítimamente esperadas, sino frente al "desequilibrio patrimonial" en el legítimo aprovechamiento del activo común indicado y producido por la extinción del negocio. La naturaleza de este derecho a la indemnización por clientela del distribuidor sería similar al

reconocido en el art. 28 LCA al agente, cuya disposición confirma este principio general pero no encuentra en él necesariamente su fundamento ni precisa su aplicación analógica.

Reconociendo la valoración positiva de tales argumentos, no consideramos un fundamento autónomo de reconocimiento de una indemnización por clientela en el actual sistema jurídico español. Defendemos esta postura por la ausencia de normativa reguladora del supuesto que ampare la sustantividad de la indemnización, por la inadecuación de la normativa propia de la agencia para ser analógicamente aplicada a la franquicia y porque, a su vez, la institución del enriquecimiento injusto asimismo se muestra insuficiente para dar solución al tema. A estas consideraciones se añade, como un problema añadido la valoración de la presunta indemnización por clientela, entendida ésta en su sustantividad propia y cuya cuantificación no ha sido resuelta de forma inapelable en situaciones similares; cuestión que entendemos fácilmente reconducible si se valora como lucro cesante, en cuanto que éste ha de probarse con indicios serios de verosimilitud, aportando un criterio más objetivo.

6.2.2.- La indemnización por daños y perjuicios. Causas y conceptos incluidos.

Por último, ha sido objeto de estudio la oportunidad de la indemnización "por inversiones", igualmente reconocida en otros países de nuestro entorno y carente de la disparidad de criterios que suscita la de la clientela. La misma queda fijada en función de la amortización de las inversiones realizadas por el franquiciado "impuestas" por el franquiciador, y por esta razón no ha lugar a la misma cuando se concedió un plazo de preaviso suficiente, en algunos países determinado legalmente, antes de la extinción del contrato. La posición que nosotros hemos defendido incluye nuevamente este concepto indemnizatorio dentro del marco

jurídico común, que permite su inclusión bajo el paraguas de la indemnización de daños y perjuicios. Según este criterio, es necesario que exista daño probado y sujeto perjudicado, no bastando en sí misma la terminación del contrato como fundamento indemnizatorio.

En el contrato de franquicia, tal daño o perjuicio se produce cuando se da por terminada la relación antes de tiempo sin motivo alguno, de manera maliciosa o contraria a la buena fe, pues los derechos del franquiciado, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje y otros derivados de la ejecución del negocio, no pueden ser ignorados, debiendo proceder un preaviso necesario o causa la justifique la terminación *ante tempus* del contrato (incumplimiento de la contraparte, fuerza mayor, etc.) y las correspondientes liquidaciones de las relaciones comerciales.

En línea con este tipo de indemnización, pero con perfiles propios, se encuentra la que surge como consecuencia de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica bajo el amparo del doble mecanismo establecido en la LCD o en la LDC. Acudiendo directamente a la jurisdicción civil o previa declaración del TDC, el franquiciado cuya extinción y/o no-renovación, según opiniones doctrinales, no fue precedido de un preaviso escrito de 6 meses puede pedir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, si bien la doctrina ha señalado las escasas posibilidades prácticas de prosperar dicha causa.

Resumiendo la posición alcanzada, con ocasión de la extinción del contrato de franquicia cabría una única indemnización por daños y perjuicios, con independencia de la derivada del incumplimiento del franquiciador (*v.gr.* por dar por finalizado el contrato de duración determinada antes del vencimiento de su plazo y sin causa que lo justifique), cuyo concesión se fundaría en

la carencia o el no respeto del plazo de preaviso necesario para amortizar las inversiones efectuadas (daño emergente) y para obtener los beneficios esperables de la clientela generada durante, al menos, dicho plazo no otorgado (lucro cesante).

Extracto final.

Del análisis de la situación dependiente del franquiciado y, desde esta óptica, de los diferentes mecanismos jurídicos que en el orden nacional, internacional, y de Derecho uniforme proyectan sobre el contrato de franquicia su eficacia, existe una línea común que subyace en la protección del franquiciado cuyo origen es el principio de actuar de buena fe en la ejecución de los contratos, y que aquí adquiere unos matices propios que penalizan y tratan de subvenir a las consecuencias derivadas de la explotación abusiva de la situación dominante del franquiciador. Buena fe, justa causa, enriquecimiento justificado, estos y otros conceptos semejantes entroncan con un principio ético en la conducción de los negocios y son utilizados por el legislador para dar forma a instituciones jurídicas tuitivas de la empresa débil.

Esto no implica victimizar a una de las partes, o demonizar a la otra, si no canalizar las situaciones de dominio que, en determinados sectores como es el caso de la distribución, han demostrado su eficacia para el mercado.

Mas cuando no existen los mecanismos legales específicos por las razones de política legislativa que se considere, omisión consciente o inconsciente, no siempre cabe articular tal defensa desde otros planteamientos aparentemente afines. Y así ocurre con la pretensión de obtener una indemnización específica postcontractual a favor del franquiciado según los parámetros legales seguidos con el agente, y aunque no de forma uniforme, sí aceptados por la mayoría de la doctrina y un gran número de

sentencias respecto de otras figuras afines, como en el caso del concesionario o del comisionista.

Nosotros no encontramos cobertura legal para admitir un planteamiento resarcitorio más allá de los daños y perjuicios por los mecanismos ordinarios del Derecho; en cuya cuantía indemnizatoria se incluiría, siempre que *probado*, como daño emergente y como lucro cesante, todos aquellos conceptos aceptados respecto de la agencia o la comisión, como es la clientela, inversiones no amortizadas, etc.

Dadas estas carencias señaladas y la complejidad de las situaciones planteadas, la desigualdad objetiva de las partes bien aconseja la regulación de un estatuto común para los negocios de distribución que incluya estos conceptos en su *justa medida*.

Índice alfabético de autores.

Aguiló Piña, J. F. "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", *R.G.D.*, dic. 1986, p. 4808-4842.

Albácar López, J.L. y Santos Briz, J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, VV.AA., tomo IV, Madrid: Edigrafos, 1995.

Albiez Dohrmann, K.J. "La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado", *RDP*, marzo 2002, pp. 187-206.

Alfaro Águila-Real, J.

"Franchising" (Voz), *Enciclopedia Jurídica Básica*, A. Montoya Melgar (coord.), Madrid: Civitas, 1995, pp. 3153-3158.

"Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales", *GJ*, NÚM. 229, enero/febrero 2004, pp. 51-67.

Alonso Espinosa, F.J.

"Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Contratos de Gestión, vol. IX 1995, pp. 135-155.

"Régimen General de la Actividad Comercial Minorista", *R.D.M.*, núm. 231, 1999, pp. 7-36.

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, F.J. Alonso y otros (coord.), Madrid: McGraw Hill, 1999.

Alonso Soto, R. "Los contratos de distribución comercial" en *Curso de Derecho Mercantil*, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), Madrid: Civitas, 2001, pp.167 y ss.

Alpa, G. "La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al Diritto uniforme)", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 225-246.

Álvarez-Caperochipi, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada: Comares, 1993.

American Bar Association. Comité de Franquicia, Sección de Derecho de la Competencia, *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, editor: Ph. F. Zeidman (editor), Chicago: ABA, 1989.

American Bar Association. Sección de Derecho de defensa de la competencia, *Franchise Protection: Laws Against Termination and the Establishment of Additional Franchises*, Monografía núm. 17. American Bar Association, 1990.

Angulo Rodríguez, L.

"Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en *Derecho mercantil*, G. J. Jiménez Sánchez (coord.), vol. II, cap. 62, 6ª ed., Barcelona: Ariel, 2000, pp. 273-291.

"Contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, G.J. Jiménez Sánchez (coord.), 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 371 y ss.

Arroyo Martínez, I., "Comentario al art. 1", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p.19-32.

Asciutti, F. "Le Proposte di Regolamentazione a livello nazionale e il disegno di Legge approvato al Senato", en *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Roma: FIF/UNIDROIT, 2001, pp. 101-104.

Baer, J.R. "Franchising in the U.S.: use of a branch office, wholly-owned subsidiary or a joint venture- Part. 1", *JIFDL*, vol. 8, núm.1, 1994, p. 22-31.

Baldi, R. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milán: Giuffrè Editore, 2001.

Barbieri, G. y Frignani, A. "Contratti della distribuzione", en A. Frignani (coord.) *Il Diritto del commercio internazionale*, cap. 7º, Turín: Ipsoa Informatica, 2ª ed., 1990.

Barkoff, R.M. "Government regulation of the franchise relationship in the United States", *JIFDL*, vol. 8, núm. 3, 1994, pp. 82-85.

Baudenbacher, C. "Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht", en E.A. Kramer (coord.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berna: Paul Haupt Bern, 1992, p. 365-404.

Belot, Ph. "Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1993, del Tribunal de Grande Instance d'Evry, y a la Sentencia de 24 de noviembre de 1992, del Tribunal de Grande Instance de París", *Gazette du Palais*, 1er. Sem. 1994, pp. 207-213.

Benavente Valdepeñas, E. "Los contratos de distribución comercial", *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 51-66.

Bensoussan, H. *Le Droit de la Franchise*, 2ª edición, Vendôme: Éditions Apogée, 1999.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.,

"Mala fe y Abuso", en *Comentarios al Código Civil*, Elcano: Aranzadi, 2001, p. 48.

"Nulidad", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, p. 259-269.

Berenguer Fuster L, y Giner Parreño, A. "Comentarios Críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", *Derecho de los Negocios*, marzo 2000, pp. 22-34.

Bernardini, P. "Hardship e force majeure", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 195 y s.

Bessis, Ph.

Le contrat de franchisage, París: Montechrestien, 1986.

Le contrat de franchisage, París: LGDJ, 1990.

Boccaro, B. «Le franchisé auquel est attachée une clientèle autonome de celle du franchiseur bénéficie du statut des baux commerciaux», *JCP La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 7-8, 2001, pp. 324 y ss.

Bodewig, T. "Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses", *Betriebs-Berater*, núm. 13, 1997, pp. 637-644.

Böckstiegel, K.H. "The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts involving States or Intergovernmental Organisations", en *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration*, suplemento especial del ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC/UNIDROIT (eds.), 2002, p. 51 y ss.

Bogaert, G.; De Keersmaecker, C.; Van Ranst, N. "Belgium", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 105-164.

Böhner, R. "Bestand und Ausmass der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers – das "Aufina" –Urteil unter der Lupe", *Betriebs-Berater*, núm. 35, 2001, pp. 1749-1753.

Bonell M.J. "UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law", *Uniform Law Review*, 2004, pp. 5-40.

Bordonaba-Juste, M.V. y Polo-Redondo, Y. "Relationships in Franchised Distribution System: the Case of the Spanish Market", *Int.Rev. of Retail, Distribution and Consumer Research*, vol. 14, núm. 1, enero 2004, pp. 101-127.

Botija Beltrán, M.A. "Los contratos de franquicia de servicios en consideración con el Derecho de competencia y el de consumidores y usuarios", *Noticias C.E.E.*, p. 49-52.

Brennan M.G. "Internacional Franchise Laws: South Korea Enacts Franchise Disclosure and Relationship Law", en *FranCast*, 13 enero 2003, p. 1 y ss.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 11ª ed., vol. II, Madrid: Tecnos, 2003.

Bunte, H-J. "Bedeutung des AGB- und des Abzahlungsgesetzes für das Franchising", en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores).

Burgos Pavón, G., Conferencia impartida en el *Curso de gestión y técnicas de franquicia*, organizado por el Consejo de Cámaras en Valencia en octubre y noviembre 2002.

Burst, Jean-Jaques y Kovar, Robert. "La mariee est en blanc", *Gazette du Palais*, 1^{er}. sem. 1986, p. 392-398.

Cabella Pisu, L. "L'impossibilità sopravvenuta como limite della responsabilità contrattuale nel diritto anglo-americano", *Contratto e impresa*, 1990, pp. 631-679.

Campbell, D. y Lafili, L. (editores). *Distributorships, Agency and Franchising in an International Arena: Europe, the United States, Japan and Latin America*, Conferencia sobre agencia, franquicia y distribución de marzo de 1989 en Waidring (Austria), Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

Camps Ruiz, L.M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

Cardelús i Gassiot, L. *El contrato de franchising*, Barcelona: PPU, 1988.

Carrascosa González, J. *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Madrid: Civitas, 1992.

Casa, F. y Casabó, M. *La franquicia*, Barcelona: Ed. Gestió 2000, 1989.

Castán Tobeñas, J. *Derecho civil español, común y foral*, tomo 4º: Derecho de obligaciones, Madrid: Reus, 1993, pp. 170-172.

(De) Castro y Bravo, F. *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, 1991.

Cauqui, A. "La transferencia de tecnología patentada", *R.D.P.*, marzo 1987, p. 250-258.

Cerdá Albero, F. y Sancho Gargallo, I., *Curso de Derecho concursal*, Madrid: Colex, 2000.

Chavanne, A. y otros. *Aspects Juridiques de la Franchise*, jornadas de estudio en la Facultad de Derecho de Lyon el 21 de mayo de 1986, París: Litec, 1986.

Chazal, J-P.

"Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants: les contrats de distribution et la détermination du prix", *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 4, 27 enero 1999, pp. 220-225.

"La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution", *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 5, 2 febr. 1999, pp. 207-214.

Cherpillod, I. "La fin des contrats de distribution", en *Les contrats de distribution. Contributions ofertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, pp. 429-457.

Chevrier, E. "Le franchisé a la propriété commerciale du fons exploité", *Recueil Le Dalloz*, núm. 18, 2002, p. 1487 y s.

Clement, J.-P. y Boutard-Labarde, M. Ch. "La franchise et le Droit europeen de la concurrence", *Gazette du Palais*, 1º sem. 1986, p. 228-233.

Climent, E. "El contrato de franquicia", en *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. IV, 3ª ed., 1992.

Cockborne, J.E. "La franquicia y las normas de la CEE sobre la competencia: decisiones recientes y el nuevo reglamento de exención por categoría", *Noticias C.E.E.*, núm. 62, 1989, pp. 43-66.

Cocuzza, C. "Italy", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 397-424.

Coggi, F., "Le condizioni di fine rapporto", en *I contratti di franchising. Organizzazione e controllo di rete*, Pilotti, L y Pozzana, R. (coord.), Milán: E.G.E.A., 1990, pp. 131-142.

Collin, T.J. "State Franchise Laws and the Small Business Franchise Act of 1999: Barriers to Efficient Distribution", *The Business Lawyer*, vol. 55, 2000, pp. 1699-1761.

Comandè, G. "Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto", *Contratto e impresa*, 1994, pp. 870-937.

Comisión de las Comunidades Europeas (Dón. Gnal. XIII), *Contratos de franquicia en la Comunidad Europea*, en Colección de Estudios "Comercio y distribución", núm. 18 (elaborado por L. Pilotti y R. Pozzane), 1991.

Crahay, P. "Le contrat de franchise", *La distribution commerciale dans tous ses états*, A. Claude Delcorde (coord.), Bruselas: Éditions du Jeune Barreau, pp. 139-167.

Cuartero Rubio, M.V. "Ámbito territorial. Disposiciones imperativas.", *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, pp. 93-110.

Cutillas Torns, José M^a. "La transmisión de la clientela en el Derecho español", *Revista General del Derecho*, mayo 2000, pp. 5621-5646.

D'Angelo, A. "La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale", *Contratto e impresa*, 1990, pp. 702-755.

Dargallo Nieto, M. "Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario" *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, p. 199 ss.

Davis-Coates, R.A. "Goodwill and the termination or expiry of franchise agreements", *JIFDL*, vol. 7, núm. 4, 1993, pp. 150-154.

De La Iglesia Monje, M.I. *El derecho de retracto convencional*, Valladolid: Lex Nova, 2001.

Deleuze, J. M. "Contrat de savoir-faire", en *Juris-Classeur. Contrats-distribution*, París: Juris-Classeur, fasc. 590, 1995.

Delli Priscoli, L. *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milán: Giuffrè editore, 2000.

Demolin, P., *Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, Colección "Les Dossiers du Journal des Tribunaux", Bruselas: Larcier, 2001.

Dessemontet, F. "Les droits de propriété intellectuelle dans les opérations de joint venture", en *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, VV.AA., Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1990, p. 567-587.

Diener, M. *Contrats internationaux de propriété industrielle*, París: Litec, 1987.

Díez de Castro, E. y Fernández Fernández, J.C. *Distribución comercial*, Madrid: McGraw-Hill, 1993.

Díez-Picazo, L.

"Art. 2", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 142-144.

Sistema de Derecho Civil, vol. II, 8ª ed., 2000.

Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato, 5ª edición, Madrid: Civitas, 1996.

Doeser, T. "Haftungsschwerpunkte des Franchise-Gebers", en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores), p. 157-159.

Domínguez, J. "Las cláusulas de no-competencia a la luz de la nueva reglamentación comunitaria", *Expertos en franquicia*, Madrid: mundoFranquicia consulting, 2002, pp. 93-96.

Domínguez García, M.A. "El contrato de franquicia", en *Contratos mercantiles*, A. Bercovitz y M.A. Calzada (directores), Cap. III-V, Pamplona: Elcano, 2001, pp. 296-360.

Drobnig, U. "Protection of the weaker party", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 215-224.

Dumont-Lefrand, M.P. "Bail commercial et droit de la distribution", *RTD com*, enero/marzo 2003, pp. 43-54.

Dueñas, E. "Franquicias. Crecimiento y diversificación hacia los servicios", *Distribución y consumo*, núm. agosto-septiembre, 1995, p. 57-62.

Durany Pich, S. "Artículos 5 y 7" en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 264-335.

Echebarría Sáenz, J. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid: McGraw Hill, 1995.

(De) Elías-Ostúa y Ripoll, R. "La Franquicia europea", *Noticias C.E.E.*, núm. 88, 2002, pp. 21-64.

Engel, P. y Thévenaz, A. "Présentation générale des contrats de distribution", en *Les contrats de distribution. Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, pp. 46-90.

Escher, A. "Rechtliche Aspekte franchiseähnlicher Vertriebssysteme", *Betriebs-Berater*, 1998, pp. 1269-1276.

Estupiñán Cáceres, R. "El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones", *GJ*, marzo/abril 2004, pp. 63-76.

Farias Batlle, M. "La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular", *La Ley*, tomo 1, 1993, pp. 879-885.

Farina, J.M. *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

Farré Alemán, J.M. *Código civil comentado y concordado*, Barcelona: Bosch, 2001.

Fernández de Araoz Gómez Acebo, A. "Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la Competencia", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, cap. 160, Madrid: Mc.Graw Hill, 2002, pp. 5357-5424.

Fernández-Lerga Garralda, C. "Los contratos de franquicia", en *Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España*, ed. Aranzadi, 1995, pp. 373-395.

Fernández Novoa, C., "Dos cuestiones candentes del Derecho de marcas", *La Ley*, 1985, vol. 4, p. 294-301.

Ferrier, D.

"La franchise internationale", *JDI*, núm. 3, 1988, p. 646 y ss..

“Le franchisé bénéficie de la propriété commerciale dès lors que le franchiseur lui reconnaît le droit d’en disposer”, *Recueil Le Dalloz*, núm. 39, 2002, p. 3006 y s.

Flohr, E. (coord.) y otros. *Franchise-Handbuch*, Berlin: Verlag Die Wirtschaft, 1994.

Flohr, E. “Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers gemäß § 89 b HGB”, en *Franchise-Handbuch*, Flohr, E. (coord.), Berlin: Verlag Die Wirtschaft, 1994, pp. 147-149.

Florián, B. “The impact of the Civil Code of Quebec on franchising”, en *JIFDL*, vol. 9, núm. 4, 1995, pp. 124-128.

Florián, B. y Gauthier, A.-M., *Franchising and the Civil Code of Quebec*, en www.lapros.qc.ca/frana/civilcode.html (-extraído el 15 octubre 1999- y fotocopiado de los fondos de la Biblioteca de UNIDROIT-).

Fontaine, M. “Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure”, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 183-191.

Forquell, H. “Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen”, *ZHR*, núm. 143, 1989, p. 511-538.

Franzoni, M. “Danno morale”, *Contratto e impresa*, 1990, pp. 307-399.

Frignani, A.

Il contratto internazionale, Padua: CEDAM, 1990.

Il Diritto del commercio internazionale, (coord), Turín: Ipsoa Informatica, 2ª ed., 1990.

Il franchising, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1990.

Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Turín: G. Giappichelli Editore, 1991.

"Franchising Under Italian Law - A Survey on Recent Case Law", *IIC*, nº 2, 1992, p. 232-248.

"Termination of franchise and distribution agreements in Italy", *JIFDL*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 66-70.

"Know-how and trade secrets (with special reference to franchising)", *JIFDL*, vol. 10, nº 2, 1996, p. 59-67.

Il contratto di franchising, Milán: Giuffrè Editore, 1999.

Fritzmeyer, W. "Auswirkungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung auf die Gestaltung von Franchiseverträgen", *Betriebs-Berater*, núm. 33, 2002, pp. 1658-1665.

Gallego Sánchez, E.

La franquicia, Madrid: Trivium, 1991.

"La quiebra: efectos de la declaración: la inhabilitación del quebrado y la nulidad de los actos posteriores a la fecha de retroacción", en *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, J. Hernández Martí (coord.) vol. I, cap. V, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 287 y ss.

Gambini, S. "Le Proposte di Regolamentazione a livello nazionale e il disegno di Legge approvato al Senato", en *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Roma: FIF/UNIDROIT, 2001, pp. 105-110.

García, J.A. "El arbitraje se postula como solución al divorcio en las franquicias", sección de actualidad de www.aedef.com

García Herrera, A. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 3.986)", *R.G.D.*, enero – febrero 1995, pp. 341-371.

García Martínez, R. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia", *RPJ*, 2001, núm. 64, pp. 309-366.

Garner, M. *Franchise and Distribution Law and Practice*, Deerfiel: Clark Boardman, 1990.

(United States) General Accounting Office, *FTC's Enforcement of the Franchise Rule*, informe elaborado a petición de determinados congresistas, julio 2001.

Gete –Alonso y Calera, Mª del Carmen

"No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, pp. 71-80.

"Nulidad", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 80-86.

Giardina, A., "I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il Diritto internazionale privato)", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 55-70

Giner Parreño, C. A. "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", *Derecho de los Negocios*, nº 13, oct. 1991, pp. 1-17.

Girón Tena, J. *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.

Gómez Muñoz, A., De Haro Giménez, T. y Padilla Romero, L. "La franquicia como alternativa para las cadenas de distribución alimentaria", *Distribución y consumo*, núm. agosto-septiembre, 1995, p. 64-73.

Gondra, J.M. "Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional", en *Estudios en homenaje al profesor R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 231-247.

González Pacanowska, I. "No incorporación", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Elcano: Aranzadi, 1999, pp. 235-258.

González Poveda, P. "Del retracto convencional", en *Comentario al Código Civil*, Ignacio Sierra Gil De La Cuesta (coord.), Tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 458 y ss.

González-Varas Ibáñez, S. "Las franquicias", en *Derecho de los Negocios*, abril 2002, pp. 18-26.

Grohmann, A. *Die Praxis des Franchising*, Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1999.

Gross, H. y Skaupy, W. *Franchising in der Praxis*, Dusseldorf y Viena: Econ Verlag, 1976.

Guardiola Sacarrera, E.

Contratos de colaboración en el comercio internacional, Barcelona: Bosch, 1998.

"Régimen fiscal de las transferencias internacionales de tecnología", *RJC*, núm. 1, 1995, p. 103-132.

Giner Parreño, C. A. "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", *Derecho de los Negocios*, nº 13, oct. 1991, pp. 1-17.

Gómez Segade, J.A., *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Madrid: Tecnos, 1974.

González-Varas Ibáñez, S. "Las franquicias", en *Derecho de los Negocios*, abril 2002, pp. 18-26.

Grupo Alameda, S.L., en materiales entregados con ocasión del Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia en octubre y noviembre de 2002.

Gullón Ballesteros, A. "Comentario al art. 7.1. C.c.", en *Comentario del Código Civil*, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Barcelona: Bosch, Tomo I, 2000, p. 395 y ss.

Gunter, J.-P, "France", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 227-288.

Gürzumar, O. B. *Der franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, Berna: Druck Copy Quick, 1991.

Gutiérrez Peña, F., "La facultad de desestimiento unilateral extintivo en los contratos de concesión mercantil", en *Miscelánea de Derecho Privado*, Madrid: Gráficas Dehon, 2002, pp. 280-342.

Guyenot, J. *Qu'est-ce que le franchising?. Concessions commerciales*, Francia: Dunod, 1973.

(De) Haller, T. *Le contrat de franchise en droit suisse*, Lausanne: Imprimeries Populaires, 1978.

Hernández Gil, F., "De los modos de acabarse el mandato", en *Comentario del Código civil*, I. Sierra de la Cuesta (coord.), tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 972 y ss.

Hernández Gil, F., "De los modos de extinguirse la sociedad", en *Comentario del Código civil*, I. Sierra de la Cuesta (coord.), tomo 7, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 880 y ss.

Hernández Martí, J. "La quiebra: efectos sobre los contratos", en *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, J. Hernández Martí (coord.) vol. I, cap. IX, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 617 y ss.

Hernando Giménez, A. *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid: Civitas, 2000.

Herrfeld, P. *Die Abhängigkeit des Franchisenehmers. Rechtliche und ökonomische Aspekte*, Wiesbaden: Deutscher Universitäts Verlag, 1998.

Hiestand, M. "Die international-privatrechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel", *RIW*, marzo 1993, p. 173-179.

Holmes, D.L. "Overview of State and Federal Franchising Regulations", en www.dkslaw.com/papers/intproppapers/franshisregs.html.

Höpfner, C. *Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen*, Europäische Hochschulschriften: Serie 2, Derecho, vol. 2141, Frankfurt: Peter Lang, 1997.

ICC

Clause de Force Majeure ICC 2003 / Clause de Hardship ICC 2003, París: ICC Publishing S.A., 2003.

The ICC Model International Franchising Contract, publicación ICC núm. 557, París: ICC Publishing S.A., 2000.

IFA, "International Franchise Association Code of Principles and Standards of Conduct", *JIFDL*, vol. 8, núm. 3, 1994, pp. 109-112.

International Bureau of WIPO, *Franchising Guide*, Ginebra: WIPO, 1994.

Joerges, C. "Contract and Status in Franchising Law", en *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, C. Joerges (edit.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 11-66.

Joseph, R.T. "Do Franchisors Owe A Duty Of Competence?", *The Business Lawyer*, vol. 46, 1991, pp. 471-505.

Juan y Mateu, F. "Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999", *CCJC*, enero/marzo 2001, pp. 17-55.

Kahn M. "La transmisión del saber hacer", en *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. VI, 3ª ed., 1992.

Kahn, Ph. "Les Principes Unidroit comme Droit applicable aux contrats internationaux", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 39-54.

Kenfack, H.

La franchise internationale, tesis mecanografiada, presentada el 29 de junio de 1996 en la Universidad de Ciencias Sociales Toulouse I.

"Le franchisé est propriétaire de son fonds de commerce», comentario a la Sent. Cour d'appel de Paris, 16^e ch. A de 4

oct. 2000, *Recueil Le Dalloz. Cahiers du Droit des Affaires*, núm. 21, 2001, pp. 1718-1721.

"Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux", *Recueil Le Dalloz*, núm. 30, 2002, pp. 2400-2402.

Klein, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid: Civitas, 1997.

Konigsberg, A.S. "The use of joint ventures in international franchising", *JIFDL*, septiembre, 1990, p. 2-9.

Korah, V. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, Oxford: ESC Publishing Limited, 1989.

Kraft, M. y Winternitz, C. "Austria", en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of the European Union*, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp. 69-102.

Landon, E. "Distribution-Franchise", en *Pratique des contrats internationaux*, Libro XXVI, Documento 2, 1993.

Lara González, R. *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid: Civitas, 1998.

Laurent, P. "La légitimité communautaire de la franchise", *Gazette du Palais*, 1^{er}. sem. 1986, p. 172-173.

Lázaro Sánchez, E.J.

"El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 18, 2000, pp. 91-116.

"El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto", *La Ley*, tomo 4, 1989, pp. 1206-1212

Leloup, J.-M.

“La definition du contrat de franchise”, *La Semaine Juridique, éd. commerce et industrie*, nº 5, 1980, p. 5-15.

La franchise. Droit et pratique, París: Delmas (Éditions Dalloz), 2000.

Lete Achirica, J. “Contrato de franquicia”, en *Formularios Aranzadi*, J.M. Lete del Río (coord.), capítulo XXXI, formulario 221, cláusula 14ª, Elcano: Aranzadi, p. 389-392.

Liesegang, H.

“Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge”, *Betriebs-Berater*, núm. 34, 1991, pp. 2381-2385.

“Die Konzeption des Franchise-Vertrages unter Einschluß der Nebenverträge”, en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores), p. 130 y ss.

Der Franchise-Vertrag, en Heidelberg Musterverträge, núm. 59, 5ª ed., Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1997.

Lockerby, M.J. “A World Wide Web of Potential Franchise Law Violations”, *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 6, núm. 1, (Symposium 1999), www.richmond.edu/jolt/v6i1/lockerby.

Loewinger, A.P., Bownstein, Zeidman y Schomer “United States”, *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, recopilado por el Comité de Franquicia, Sección de Derecho de la Competencia de la American Bar Association, editor: Ph. F. Zeidman, Chicago: ABA, 1989.

Lohmann, U. “Germany”, en *Commercial Agency and Distribution Agreement: Law and Practice in the Member States of*

the European Union, G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), 3ª ed., La Haya: Kluwer, 2000, pp.291-328.

Lunas Díaz, M.J. "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial", *Derecho de los Negocios*, diciembre 1998, núm. 99, pp. 1-14.

Madrid Parra, A. "Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas en participación", en *Derecho mercantil*, G. J. Jiménez Sánchez (coord.), vol. I, cap. 31, 6ª ed., Barcelona: Ariel, 2000, pp. 474-496.

Marín Hita, L. "Las pretensiones indemnizatorias en el contrato de concesión mercantil", *Derecho de los Negocios*, julio-agosto 1998, pp. 9-24.

Marot, Y. *La Franchise*, en la colección "Les mots du pro", 3ª edición, París: Gualino Editeur, 2000.

Martinek, M.

"Franchising im Handelsrecht - zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchise-Verträge", en *1. Franchise-Rechts-Forum am 9. Sept. 1988 in München*, Deutscher Franchise-Verband, Deutsche Anwaltsakademie, Nürnberger Akademie für Absatzwirtschaft (organizadores), texto mecanografiado.

Moderne Vertragstypen, vol II: Franchising, know-how y otros, Munich: C.H. Beckl'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

Martínez Flórez, A. "La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia", *RDM*, 1996, pp. 1143-1199.

Martínez Sanz, F.

"De la actividad comercial en régimen de franquicia", *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, F.J. Alonso y otros (coord.), Madrid: McGraw Hill, 1999, pp. 699-732.

"Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de octubre de 1992", *La Ley*, tomo 3, 1993, pp. 282-293.

La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, 2ª ed. ampliada, Madrid: Civitas, 1998.

Martín Trilla, E. y Echarri Ardanaz, A. *La Franquicia. Aplicación práctica y jurídica*, Elcano: Aranzadi, 2000.

Marzorati, O.J. y Hurwitz, A. "Termination of the franchise relationship", *JIFDL*, vol. 11, núm. 3, 1997, pp. 87-92.

Massaguer, J.

El contrato de licencia de know-how, Barcelona: Bosch, 1989.

"La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 2203-2268.

Mateo Sanz, J.B. *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*, Madrid: Dykinson, 2000.

Mendelshon, M.

International Franchising-An Overview, (M. Mendelshon, editor) Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991.

Franchising in Europe, (M. Mendelshon, editor) London: Cassell Publishers Limited, 1992.

Mendelshon, M. y Clark, T. "International Arbitration and Franchising", *Franchise Law Journal*, vol. 11, 1992, p. 115-117.

Menéndez, A. (director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2004.

Menéndez Hernández, J., "Comentario al art. 1964", en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 9, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 524-530.

Mezran, K., *Il contratto di Franchising*, tesis doctoral, ejemplar mecanografiado, Università degli Studi di Roma, 1988.

(De) Miguel Asensio, P. *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid: Civitas, 1995.

Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, 20 enero 2005, www.mineco.es/dgdc/sdc/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf.

Miquel, J.M. "Artículo 8" en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 428-482.

Mohr, *Der Franchisevertrag*, Manzsche Verlags- U. Universitätsbuchhandlung, 1999.

Monéguer-Dupuis, A.L. «La Cour d'appel de Paris modifie sa position quant à la possibilité, pour le franchisé, de bénéficier du statut des baux commerciaux», *Recueil Le Dalloz. Cahiers droit des affaires*, 2001, pp. 380 y ss.

(De) Montarlot, M. "La franchise industrielle", *La Semaine Juridique, éd. commerce et industrie*, nº 5, 1980, p. 18 y s.

Moralejo Menéndez, I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1ª– de 8 de noviembre de 1995", *RDP*, feb. 1997, pp. 139-154.

Moreno Gil, O., *Código Civil y Jurisprudencia concordada*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

Montero, J.R. *Iniciativa pionera en defensa de los franquiciados*, comentario a la nueva ley italiana sobre franquicia en la pág. web de la Asociación Española de Defensa de los Franquiciados,

www.aedef.com/aedefOpi01fin.asp?ref=NOT21993&tip=3&mat=15

Morral Soldevilla, R. "La compensación por clientela vitalicia en el contrato de agencia mercantil y la prescripción de la acción" (Reflexiones a propósito de un caso singular), *RDM*, abril/junio 2004, pp. 597-620.

Nebel, J., Schulz, A. y Wessels, A.M. *Das Franchise-System: Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, 2ª edición aumentada y corregida, Neuwied: Lutherhand, 2001.

Nicolini, G. *Subfornitura e attività produttive*, Milán: Giuffrè Editore, 1999.

(De) Nova, G. *Nuovi Contratti*, Turín: UTET, 1994.

Nowak, J. *Der Schutz des Franchisenehmers*, "Seminar aus Handelsrecht", 2003/2004, en red vid. en pág. www.juridicum.at/forschung/nowak/franchise.pdf

Nuss, P. *Marque et franchise*, Estrasburgo: Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, 1982, pp. 1-33.

Oehl, T. P. y Reimann, T. "Franchising", en *Münchener Vertragshadbuch*, Schütze, R. y Weipert, L. (coord.), Munich: CH. Beck'sche Verlagshandbuchhandlung, 2ª ed. 1987, p. 667-722.

Olivencia, M. "Los principios de la reforma concursal", *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 7-20.

Olmo Gascón, A.M. *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

Ordiñaga Rigo, S. "La franquicia: el futuro de la integración comercial", en *Boletín ICE Económico*, núm. 2375 del 28 de junio al 4 de julio de 1993, pp. 1-7.

Ordiñaga, S. y Quiles, C. en ponencia sobre el contrato de franquicia en el Curso de Gestión y Técnicas de Franquicia, organizado por el Consejo de Cámaras de Valencia en octubre y noviembre de 2002.

Parker, R. P. y Chen, J.C. "Terminating franchise or distribution agreements in Taiwan", *JIFDL*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 71-74.

Pattison, J.E. *International Business Portfolios Establishing a Transnational Franchise*, Nueva York: Matthew Bender, 1988, p. 1-14.

Paz-Ares, C.

"La terminación de los contratos de distribución", *R.D.M.*, núm. 223, 1997, pp. 7-59.

"La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *La Ley*, núm. 4266, 1997, D-105.

Peckert, F., Erdmann, G. y Kiewitt, A. *Franchise und Lizenz 2002*, Frankfurt am Main: Frakfurter Allgemeine Buch, 2002.

Pellisé Capell, J. *La "explotación abusiva" de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas: Madrid: 2002.

Pellisé de Urquiza, C. *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona: Bosch, 1999.

Pérez-Bustamante Köster, J. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la

Competencia: examen crítico del nuevo precepto”, *GJ*, enero/febrero 2000, pp. 33-45.

Pérez De La Cruz Blanco, A. “Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica”, *Contratación mercantil*, Emilio Beltrán Sánchez y Ubaldo Nieto Carol (coords.), Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico 1998, p. 25-37.

Pigassou, P. “La distribution intégrée”, *RTD com*, 1980, pp. 474-544.

Pinto Monteiro, A. *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra: Almedina, 2002.

Pitegoff, T. M. “Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisors”, *The Business Lawyer*, vol. 45, 1989, pp. 289-331.

Polsky, L.H. “Issues and Risks Stemming From Termination of Master Franchise Agreements in Canada”, en *IJFDL*, vol. 1, núm. 3, 1999, pp. 247-254.

Pontioli, L. “La protezione del ‘contraente debole’ nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?”, *Giurisprudenza Commerciale*, vol. I, 1997, pp. 566-606.

Posner, E.A. “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?”, *The Yale Law Journal*, enero 2003, pp. 829-880.

Puig Bruteau, J.

Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones, tomo I, vol. II, Barcelona: Bosch, 1988.

Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina general del contrato, tomo II, vol. I, Barcelona: Bosch, 1988

Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, vol. III, Barcelona: Bosch, 1983.

Pulgar Ezquerro, J. "Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)", *La Ley*, 27 sept. 2004, pp. 1-9.

Ragel Sánchez, L.F.

"Comentario a la Sentencia del TS de 19 de septiembre de 1989", *CCJC*, sept./dic. 1989, pp. 853-865.

"La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", *Anuario de Derecho Civil*, tomo 38, 1985, pp. 61-87.

Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos, Madrid: Dykinson, 2000.

Rapp, J.-M., "Typologie des contrats de distribution", en *Les contrats de distribution. Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, VV.AA., Lausanne: Cedidac, 1998, pp. 34-45.

Rau, L.A. "Implied Obligations in Franchising: Beyond Terminations", *The Business Lawyer*, vol. 47, 1992, pp. 1053-1081.

Rizzoli, C. "Aspetti contrattuali: Le clausole scatenanti le controversie", *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro.*, Unidroit: Roma, 2001, pp. 41-50.

Rocafull Rodríguez, J. "Las medidas cautelares en el contrato de franquicia", *efranquizium.com*, 25 febrero 2003.

Rocafull, J. y García, F. "¿Ha adaptado el contrato al nuevo Reglamento europeo?", *Expertos en franquicia*, Madrid: mundoFranquicia consulting, 2002, pp. 207-213.

Rocha, J.A. "La franquicia hoy", *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. I, 3ª ed., 1992.

Rodríguez, L. "A propósito del franchising", *La Ley*, tomo 3, 1986, pp. 877-879.

Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1990.

Rosell, J. "El contrato de franquicia", en *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Bisbal, J. y Viladàs, C. (coord.), Barcelona: Ariel, 1990, p. 203-217.

Rovira, A. y Ordiñaga, S. "Características generales y tipos de franquicias", en *Guía de la franquicia*, Valencia: Cámara de Comercio y Generalidad Valenciana, cap. II, 3ª ed., 1992.

Rudnick, L.G.

"Introduction to Franchising", en *International Franchising-An Overview*, M. Mendelshon (editor), Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991, pp. 49-69.

"The International Franchise Association's new Code", *JIFDL*, vol. 8, núm. 4, 1994, p. 133-135.

Rudnick, P. "FranCasts: Asia: A Whole New Ball Game", en www.piperrudnick.com/publications.

Ruiz Peris, J.I.

El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia, Madrid: Civitas, 1991.

"El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", *R.G.D.*, octubre-noviembre 1995, p. 11257-11275.

Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, Elcano: Aranzadi, 2000.

“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 [RJ 2003/126]”, *CCJC*, oct. / dic. 2003, pp. 925-938.

Ruiz de Villa Jubany, J.

“Comentario al Art. 62: Regulación del Régimen de Franquicia”, en *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Barcelona: Praxis, 1996, pp. 438-454.

“El contrato de franquicia y las autorizaciones singulares del TDC núm. 133 y 301”, www.togas.biz/togas16/manubens.htm

“La validez de la cláusula de no-competencia en los contratos de franquicia”, www.togas.biz/togas39/manubens.htm

Saintourens, B. “La reconnaissance par la Cour de cassation de l’existence d’une clientele propre du franchisé, élément de son fonds de commerce”, *RTD com.*, vol. 3, 2002, pp. 457 y ss.

Sánchez Calero, F.

Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo 1, ed. 18ª, 1995.

Instituciones de Derecho Mercantil, 26ª ed., vol. II, Madrid: McGraw Hill, 2004.

Sánchez-Tarazaga Marcelino, J. *La protección del franquiciado en el comercio internacional*, Valencia: Asociación Española de Franquiciadores, 1998.

Santini, G. *El comercio. Ensayo de Economía del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1988.

Santos Briz, J.

“Comentario al art. 1101 C.c.”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, J.L. Albácar López (coord.), tomo IV, 4ª edición, Madrid: Trivium, 1995, pp. 83-117.

“Comentario al art. 1103 C.c.”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, J.L. Albácar López (coord.), tomo IV, 4ª edición, Madrid: Trivium, 1995, pp. 122-132.

“Comentario al art. 1101 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 92-103.

“Comentario al art. 1102 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 103-108.

“Comentario al art. 1103 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 108-115.

“De la novación”, *Comentario del Código Civil*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), tomo 6, Barcelona: Bosch, 2000, p. 422-443.

Schaub, S. “Die EG-kartellrechtliche Beurteilung von Franchising Verträgen nach dem Propuntpia-Urteil des EuGH und dem Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission”, reseña de la intervención realizada el 28 de sept. 1987, con ocasión del “Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht”, *GRUR*, núm. 12, 1987, p. 885-886.

Schlechtriem, P. “Termination of Contracts under the Principles of Internacional Comercial Contracts”, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Michael J. Bonell y

Franco Bonelli coordinadores, Milán: Giuffrè Editore S.p.A., 1997, pp. 247-269.

Schultz-Schaefer, D. "Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung", *GRUR Int.*, núm. 7, 1989, p. 515-521.

Skaupy, W.

"Die rechtlichen Probleme des Franchising", reseña de su intervención el 11 de abril de 1991 en "Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, núm. 9, 1991, p. 676.

Franchising. Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis, 2ª ed., Munich: Verlag Franz Vahlen, 1995.

Stein-Wigger, M. *Die Beendigung des Franchisevertrages. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts*, *Schriftenreihe für Internationales Recht*, vol. 88, Basilea: Helbing & Lichtenhahn, 1999.

Thieffry, P. "La franchise. La confiance et la raison", *Gazette du Palais*, 2º sem. 1986, p. 562-565.

Terry, H. "Franchise Sector Regulation: The Australian Experience", Ponencia presentada en la Conferencia EMNet de "Economics and Management of Franchising Networks", en Viena del 26 al 28 de junio de 2003, www.univie.ac.at/EMNET.

Tietz, B. *Handbuch Franchising*, Landsberg am Lech: Verlag Moderne Industrie, 1987.

Tifford, J.M. "FTC Publishes Staff Report on Proposed Franchise Rule Amendments", *Piper Rudnick FranCast*, 30 de agosto 2004, en www.envoynews.com/piperrudnick/index000060063.cfm.

Tobío Ribas, A. M^a. "El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la decisión de la comisión de 13 de julio de 1987 en el caso "Computerland"", *ADI*, 1987-88, p. 217 ss.

(Le) Tourneau, Ph.

"Franchisage", en *Juris-Classeur. Contrats-distribution*, París: Juris-Classeur, fasc. 565 y 566, 1995.

Les contrats de franchisage, París: Litec, 2003.

Trochu, M. "L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive", *L'internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, París, 1994, p. 377-389.

Ulloa, G. "Termination of franchise agreements", en *JIFDL*, vol. 7, núm. 4, 1993, pp. 155-159.

UNIDROIT

Estudio LXVIII sobre la franquicia internacional, Documentos 1-9, Roma: UNIDROIT, 1986-1996 (Doc 1: 1986, Doc. 2: 1988, Doc. 3: 1989, Doc. 4 y 5: 1992, Doc. 6: 1993, Doc. 7, 8 y 9: 1996).

Guide to Internacional Master Franchise Arrangements, Roma: Unidroit, 1998.

Draft Articles for a Model Franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report as adopted by the UNIDROIT Study Group at its Fifth Session, sesión celebrada en Roma el 7 Diciembre del 2000.

Uría, R., *Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 28^a ed., 2002.

Uría, R., Menéndez, A. y Vérguez, M. "El contrato mercantil" en *Curso de Derecho Mercantil*, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), tomo II Madrid: Civitas, 2001, p.29 y ss.

Uría, R., Menéndez, A. y Beltrán, E., "Efectos de la declaración de la quiebra", en *Curso de Derecho mercantil*, Uría, R., Menéndez, A. (coord.), tomo II, Madrid: Civitas, 2001, pp. 925 y ss.

Valenzuela Garach, F. "Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 1/1992, de 27 de mayo", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III; Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, 3805-3827.

Valpuesta Gastaminza, E. *La sociedad irregular*, Pamplona: Aranzadi, 1995.

(De La) Vega García, F.L.,

"La actividad comercial minorista ante la ley 16/1989, de Defensa de la Competencia", *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), núm. 17, 1999, pp. 307-327.

Responsabilidad Civil Derivada del Ilícito Concurrencial, Civitas: Madrid, 2001.

Vélaz Negueruela, J.L. *Las redes comerciales. Tipología, eficiencia e indemnizaciones de los canales de distribución*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

Vicent Chuliá, F.

Compendio crítico de Derecho mercantil, Barcelona: Bosch, 3ª ed., tomo II, 1990.

Introducción al Derecho mercantil, 17ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

Viciano Pastor, J. "Importadores paralelos y distribución selectiva de vehículos automóviles: análisis de la Decisión *Eco*

System y de la Comunicación de la Comisión de 18 de diciembre de 1991", *R.G.D.*, núm. 576, sept. 1992, pp. 8.521-8.562.

Vilá Costa, B. "Comentario al art. 3", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), Madrid: Tecnos, 1999, p. 37-46.

Vilalta, A.E. y Méndez, R.M. *Acciones por competencia desleal*, Barcelona: Bosch, 2000.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. "Artículo 3", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez y L. Díez-Picazo (directores) y J. Alfaro (coord.), Madrid: Civitas, 2002, pp. 145-229.

Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *Journal of International Franchising & Distribution Law*, vol. 7 núm. 3, 1993, pp. 100-111.

VV.AA. *Contratos mercantiles*, A. Bercovitz y M.A. Calzada (directores), Pamplona: Elcano, 2001.

VV.AA. *Derecho mercantil*, Guillermo J. Jiménez Sánchez (coord.), Vol. II, 6ª edición, 2000.

VV.AA., *International Franchising - An Overview*, M. Mendelshon (edit.), Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991.

VV.AA. *CCH Business Franchise Guide*, Philip F. Zeidman (consulting editor), CCH, 2003.

Wang, M. "Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie", en E.A. Kramer (coord.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berna: Paul Haupt Bern, 1992, p. 335-363.

Ward, P. "Good Faith in Franchising", *IJFDL*, vol. 3, núm. 2, 2001, pp. 137-159.

Wildhaber, C. *Franchising im Internationalen Privatrecht*, St. Gallen: Dike Verlag AG, 1991.

Williams, L. "Trademark and Related Rights in Franchise Agreements in Germany: A Comparison with U.S. Law", *IIC*, N° 5, 1983, p. 624-648.

Winkler, R. "Franchise-Vereinbarungen im neuen Wettbewerbsrecht der EG", reseña de su intervención el 21 de septiembre de 1988 en "Mitteilungen aus der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, n° 12, 1988, p. 894 y s.

Zabaleta Díaz, M.

La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal, Madrid: Marcial Pons, 2002.

"La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia", *Derecho de los Negocios*, mayo 2003, pp. 18-28.

Zakharova-Renaud, O. "La Cour d'appel de Paris a tranché la question de la propriété commerciale des franchisés », *Lettre Européenne des Réseaux Commerciaux*, 1^{er}. trim. 2001, pp. 2-7.

Zarco R., y Ashe L. V. "The Sounds Of Silence In The Franchise Agreement", *Franchise Law Journal*, American Bar Association, vol. 19, núm. 1, 1999.

Zeidman, P.F. "Franchising Regulation in the U.S.A.. Implications for International Franchising", en *International Franchising-An Overview*, M. Mendelshon (edit.), Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1991, p. 129-151.

Zeidman, P.F., Loweinger, A.P., Madden, R., Zaid, F., Abelman, F.M. "Pre-sale franchise disclosure: a review and

comparison of disclosure requirements in France, the United States and Canada”, *JIFDL*, vol.7, núm.1, 1993, p. 21-36.

Zeidman, P.F.; Brennan, M.G.; Siemsen, J.P. “Australia Amends Franchising Code”, en *FranCast*, 16 julio 2001.

Zimmermann, R. y Whittaker, S. (editores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Zuddas, G. *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, Turín: G. Giappichelli Editore, 2000.

Zwanck, F. *Italia 1- España 0*, Opinión pág. web de la AEDEF en www.aedef.com/aedefOpi01fin.asp?ref=NOT21986&tip=3&mat=15

.

Índice de laudos.

LAUDO EN SEDE ESPAÑOLA.

Corte de Arbitraje de Franquicia, "Laboratorio Lucas Nicolás, S.L. vs. Argüelles Vidal, S.L." relativo a la franquicia Vital Dent, publicado en www.aedef.com.

LAUDOS EN SEDE EXTRANJERA⁸⁹⁶.

Laudo de septiembre de 2002, de la Corte Arbitrale della Associazione Italiana Arbitrato.

Laudo de 6 de junio de 2002, de la [International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation](#)

Laudo de 17 de mayo de 2002 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry

Laudo de 25 de enero de 2002 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry

Laudo de diciembre de 2000, de la [ICC International Court of Arbitration, Barranquilla \(Colombia\)](#)

Laudo de octubre de 2000, de la [ICC International Court of Arbitration](#).

Laudo de agosto de 2000, de la [ICC International Court of Arbitration](#).

Laudo de septiembre de 1999, de la [ICC International Court of Arbitration](#).

Laudo de mayo de 1999, de la [ICC International Court of Arbitration](#).

⁸⁹⁶ Fuente común a todos ellos: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>.

Laudo de marzo de 1999, de la [ICC International Court of Arbitration](#).

Laudo de diciembre de 1998, de la [ICC International Court of Arbitration, Paris](#).

Laudo de octubre de 1998, de la [ICC International Court of Arbitration, Geneva](#).

Laudo de septiembre de 1998, de la [ICC International Court of Arbitration, Milano](#).

Laudo de 28 de enero de 1998, de la [ICC International Court of Arbitration, Paris](#).

Laudo de 2 de septiembre de 1997, del [International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation](#).

Laudo del 21 de abril de 1997, del Ad hoc Arbitration, Paris.

Laudo de 17 de diciembre de 1996, del [Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic](#).

Laudo de 4 de diciembre de 1996, del [Ad hoc Arbitration, Rome](#).

Laudo de 4 de septiembre de 1996, del [ICC International Court of Arbitration, Paris](#).

Laudo de septiembre de 1996, del [ICC International Court of Arbitration, Zürich](#).

Laudo de junio de 1996, del [ICC International Court of Arbitration, Rome](#).

Laudo de julio de 1995, del [ICC International Court of Arbitration - Brussels](#).

Laudo de 25 de noviembre de 1994, de la Zürich Chamber of Commerce.

Índice de jurisprudencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

STJCE núm. 161/84, Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, de 28 de enero de 1986.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

STS núm. 321/2004, de 26 de abril -RJ 2004/2714-

STS núm. 204/2004, de 18 de marzo -RJ 2004/2147-.

STS núm. 60/2004 de 10 de febrero, -RJ 2004/748-.

STS núm. 43/2004, de 9 de febrero -RJ 2004/1189-, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2ª quincena de junio de 2004.

STS núm. 70/2004, de 5 de febrero, -RJ 2004/639-.

SAP Madrid, núm. 44/2004, de 21 de enero -JUR 2004/251443-

STS núm. 1266/2003, de 31 de diciembre, *Actualidad Civil*, 2ª quincena de Mayo 2004, <http://authn.laley.net>

STS núm. 1029/2003, de 4 de noviembre -RJ 2003/8017-.

STS núm. 782/2003, de 27 de julio, *La Ley Juris*: 2713/2003.

STS núm. 622/2003, de 26 de junio, -RJ 2003/4308-.

STS de 27 enero 2003, *Actualidad Civil*, <http://authn.laley.net>

STS de 31 de octubre de 2002, -RJ 2002/227-.

STS de 3 de octubre de 2002, -RJ 2002/9789-.

STS 784/2002, de 31 de julio -RJ 2002/8436-.

STS núm. 732/2002, de 16 julio -RJ 2002/6243-.

STS de 28 de enero de 2002, -RJ 2002/2305-.

STS núm. 63/2001 de 1 de febrero -RJ 2001/2231-.

STS de 3 de octubre de 2000 -RJ 2000/8133-

STS núm. 360/2000, de 26 de abril -RJ 2002/5244-.

STS núm. 1011/1999, de 30 noviembre -RJ 1999/8439-.

STS núm. 428/1999, de 17 mayo -RJ 1999/4046-.

STS de 23 de octubre de 1998 -RJ 1998/8507-.

STS de 4 de marzo -RJ 1997/1642-

STS de 30 de diciembre de 1996 -RJ 1997/2182-.

STS de 21 de octubre de 1996, -RJ 1996/7235-.

STS núm. 826/1996, de 21 octubre, -RJ 1996/7234-.

STS de 27 septiembre 1996 -RJ 1996/6646-.

STS de 18 de julio de 1996 -RJ 1996/5897-.

STS de 29 de mayo de 1996 -RJ 1996/3861-.

STS de 26 de febrero de 1996 -RJ 1996/1264-.

STS de 8 de febrero de 1996 -RJ 1996/1346-

STS de 22 diciembre 1995 -RJ 1995/9431-

STS núm. 1122/1995, de 18 de diciembre -RJ 1995/9204-

STS de 15 diciembre 1995 -RJ 1995/9097-.

STS de 12 de diciembre de 1995 -RJ 1995/9148-

STS de 8 noviembre 1995 -RJ 1995/8637-.

STS 16 octubre 1995 -RJ 1995/7408-.

STS de 20 de febrero de 1995 -RJ 1995/884-

STS de 6 octubre 1994 -RJ 1994/7458-.

STS de 21 julio 1993 -RJ 1993/6102-.

STS de 30 junio 1993 -RJ 1993/5340-.

STS de 16 de junio de 1993 -RJ 1993/5272-.

STS de 27 mayo 1993 -RJ 1993/3986-.

STS de 27 de octubre de 1992, -RJ 1996/5662-.

STS de 15 de octubre de 1992 -RJ 1992/7823-.

STS de 24 febrero 1992 -RJ 1992/1425-.

STS de 12 diciembre -RJ 1990/9995-

STS de 9 de julio de 1990 -RJ 1990/5788-.

STS de 3 julio 1990 -RJ 1990/5773-.

STS de 16 febrero 1990 -RJ 1990/2754-

STS de 17 mayo 1988 -RJ 1988/6360-.

STS de 7 noviembre 1986 -RJ 1986/6213-.

STS de 27 de octubre de 1986, -RJ 1986/5960-.

STS de 7 junio -RJ 1986/3296-.

STS de 28 febrero 1986 -RJ 1986/862-.

STS de 19 diciembre 1985 -RJ 1985/6600-

STS de 32 mayo 1985 -RJ 1985/2837-.

STS de 18 noviembre 1983 -RJ 1983/6488-.

STS de 21 abril 1979 -RJ 1979/1980-.

STS de 30 diciembre 1977 -RJ 1977/4897-.

STS de 28 mayo de 1966 -RJ 1966/2842-

STS de 23 marzo 1966 -RJ 1966/1540-.

STS de 18 marzo -RJ 1966/1288-

STS de 20 enero 1964 -RJ 1964/355-.

STS de 10 octubre 1962 -RJ 1962/3792-.

STS de 7 junio 1960 -RJ 1960/2087-.

STS de 27 mayo 1958 -RJ 1958/2103-.

STS de 11 noviembre 1955 -RJ 1955/3567-.

STS de 3 junio 1953 -RJ 1953/1657-.

STS de 30 marzo 1950 -RJ 1950/573-.

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS CC.AA.

STSJ Murcia núm. 1068/2002, de 30 septiembre -AS 2002/3005-.

STSJ Murcia núm. 601/2001, de 7 de mayo -AS 2001/2882-;

STSJ Galicia, de 27 abril 2001 -AS 2001/856-;

STSJ Aragón núm. 309/2001, de 26 marzo -AS 2001/1960-;

STSJ Galicia, de 26 marzo 2001 -AS 2001/453-;

STSJ Cataluña núm. 9276/2000, de 10 noviembre -AS 2001/211-;

STSJ Baleares núm. 480/2000, de 31 julio -AS 2000/4133-;

STSJ Andalucía, núm. 2376/1999, de 29 octubre -AS 1999/3522-;

STSJ núm. 6087/1999, de 10 septiembre -AS 1999/3819-;

STSJ Cataluña núm. 5639/1999, de 22 julio -AS 1999/3446-;

STSJ Baleares núm. 120/1999, de 26 marzo -AS 1999/1452-;

STSJ Cataluña núm. 1346/1999, de 19 febrero -AS 1999/1128-

STSJ Madrid núm. 601/1998, de 7 de mayo -AS 1998/1761-;

STSJ Navarra núm. 375/1997, de 31 de julio -AS 1997/2541-;

STSJ Andalucía, núm. 790/1997, de 27 febrero -AS 1997/2610-

STSJ País Vasco, de 22 octubre 1996 -AS 1996/3717-;

STSJ Cantabria núm. 911/1995, de 21 de noviembre -AS 1995/4289-;

STSJ Cataluña núm. 5152/1994, de 30 de septiembre -AS 1994/3532-;

STSJ Cataluña núm. 1105/1993, de 26 febrero -AS 1993/873-.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP León núm. 58/2005, de 17 de febrero -JUR 2005/76713-

SAP Valencia núm. 17/2005, de 18 de enero, -JUR 2005/64081-

SAP Alicante, núm. 55/2005, de 8 de febrero -AC 2005/236-

SAP Barcelona núm. 56/2005, de 27 de enero -JUR 2005/81708-

SAP Barcelona núm. 860/2004 de 22 de diciembre -JUR 2005/60378-

SAP Madrid núm. 703/2004, de 20 de diciembre -JUR 2005/33919-

SAP Vizcaya núm. 805/2004, de 2 de diciembre -JUR 2005/72348-.

SAP Granada núm. 648/2004, de 10 de noviembre -JUR 2005/51535-.

SAP Baleares núm. 436/2004, de 28 de octubre -JUR 2004/313375

SAP Barcelona núm. 442/2004, de 6 de octubre -JUR 2004/308378-

SAP Guipúzcoa núm. 2266/2004, de 26 de octubre -JUR 2005/7776-

SAP Barcelona núm. 633/2004, de 21 de septiembre -AC 2004/1952-

SAP Madrid núm. 582/2004, de 16 de septiembre, -AC 2004/2113-

SAP Córdoba núm. 182/2004, de 15 de julio -AC 2005/62-

SAP Barcelona núm. 427/2004, de 23 de junio -JUR 2004/220394-

SAP Barcelona, de 10 junio 2004 -AC 2004/1100-

SAP Madrid núm. 474/2004, de 26 de mayo -AC 2004/1989-

SAP Barcelona núm. 372/2004, de 26 de mayo -AC 2004/1509-

SAP Madrid núm. 350/2004, de 17 de mayo, -AC 2004/1585-

SAP León núm. 92/2004, de 29 de abril -JUR 2004/186010-

la SAP Barcelona de 16 de abril 2004 -JUR 2004/152123-

SAP Madrid, núm. 202/2004, de 2 de abril -JUR 2004/254187-

SAP Valencia núm. 145/2004, de 26 de marzo -JUR 2004/170933-

SAP Barcelona núm. 179/2004, de 24 de marzo -JUR 2004/122633-

SAP Cantabria núm. 68/2004, de 26 de febrero, -JUR 2004/83832-.

SAP Barcelona de 13 febrero 2004, -JUR 2004/92693-.

SAP Málaga núm. 82/2004, de 6 de febrero -JUR 2004/103187-

SAP Barcelona núm. 38/2004, de 20 de enero -JUR 2004/61716-

SAP Asturias núm. 9/2004, de 15 de enero, -JUR 2004/52832-.

SAP Asturias núm. 17/2004, de 13 de enero, -JUR 2004/100762-

SAP Málaga núm. 947/2003, de 9 de diciembre, -JUR 2004/67131-.

SAP Barcelona, de 28 noviembre 2003, -JUR 2007/5933-.

SAP Asturias núm. 674/2003, de 25 de noviembre, -JUR 2004/66522-.

SAP Bilbao, de 31 octubre 2003, *Diario La Ley*, 26 marzo 2004, p. 16.

SAP Vizcaya núm. 585/2003, de 31 de octubre, -JUR 2003/272236-.

SAP Barcelona núm. 700/2003, de 28 de octubre, -JUR 2003/260027-.

SAP Málaga núm. 737/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244258-.

SAP Málaga núm. 449/2003, de 29 de septiembre, -JUR 2003/244256-.

SAP Córdoba núm. 221/2003, de 16 de septiembre, -JUR 2003/236065-.

SAP Zaragoza núm. 516/2003, de 16 de septiembre, -AC 2003/1507-.

SAP La Rioja núm. 304/2003, de 31 de julio, JUR 2003/242095-

SAP Lleida núm. 329/2003, de 15 de julio, -JUR 2003/220875-.

SAP León núm. 243/2003, de 1 de julio -JUR 2004/14633-.

SAP Sevilla, de 1 de julio de 2003, -JUR 2003/218649-.

SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 304/2003, de 23 de junio, -AC 2003/2348-.

SAP Jaen núm. 171/2003, de 13 de junio, -JUR 2003/190356-.

SAP Lugo núm. 235/2003, de 5 de junio, -JUR 2003/246923-.

SAP Asturias núm. 220/2003, de 4 de junio, -AC 2003/1988-.

SAP Barcelona, de 23 mayo 2003, -AC 2003/1714-.

SAP Valencia núm. 307/2003, de 13 mayo, -JUR 2003/171859-.

SAP Asturias núm. 229/2003, de 12 de mayo, -JUR 2003/232564-.

SAP Tarragona, de 29 abril 2003, -JUR 2004/6254-.

SAP Alicante núm. 205/2003, de 15 de abril, -JUR 2003/204133-
.

SAP Burgos núm. 167/2003, de 4 de abril, -JUR 2003/150202-.

SAP Barcelona, de 2 de abril de 2003, -JUR 2003/245415-.

SAP Baleares núm. 120/2003, de 21 de febrero, -JUR 2003/196646-.

SAP Barcelona, de 12 febrero 2003, -JUR 2003/196372-.

SAP Alicante núm. 91/2003, de 6 de febrero, -JUR 2003/134973-
.

SAP Asturias núm. 36/2003, de 23 de enero, -JUR 2003/134543-
.

SAP Alicante núm. 39/2003, de 16 de enero, -JUR 2003/114590-
.

SAP Barcelona, de 18 diciembre 2002, -JUR 2003/107522-.

SAP Madrid de 10 de diciembre de 2002, -JUR 2003/126808-

SAP Barcelona, de 10 diciembre 2002, -JUR 2003/192155-.

SAP Zaragoza núm. 695/2002, de 29 de noviembre, -JUR 2003/13826-.

SAP Alicante núm. 473/2002, de 19 de septiembre, -JUR 2002/273078-.

SAP Barcelona, de 9 de septiembre 2002, -AC 2002/1728-

SAP Tarragona, de 6 de septiembre 2002, -JUR 2002/271881-.

SAP Sevilla, núm. 397/2002, de 17 de julio, -JUR 2002/261655-

SAP Madrid núm. 434/2002, de 15 de julio, -JUR 2004/234864

SAP Barcelona, de 17 de junio de 2002, *RJC*, núm. 4, 2002, 104 y ss.

SAP La Coruña, de 19 abril 2002, -JUR 2003/3876-.

SAP Barcelona, de 15 abril 2002, -JUR 2002/183925-.

SAP Barcelona de 22 marzo 2002, *RJC*, núm. 3, 2002, p. 125 y ss.

SAP Alicante núm. 138/2002, de 14 de marzo, -JUR 2002/139857-.

SAP Barcelona, de 11 de marzo de 2002, -JUR 2002/150731-.

SAP Madrid, de 14 febrero 2002 -AC 2002/1080-.

SAP Burgos núm. 81/2002, de 11 de febrero, -AC 2002/892-.

SAP Segovia núm. 11/2002, de 18 de enero -AC 2002/269-.

SAP Barcelona de 30 noviembre de 2001, *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 127 y ss.

SAP Barcelona de 30 octubre de 2001, *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 124 y ss.

SAP Teruel núm. 175/2001, de 24 de octubre, -AC 2001/1931-.

SAP Barcelona de 16 octubre de 2001, *RJC*, núm. 1, 2002, pp.122 y ss.

SAP Córdoba núm. 163/2001, de 17 de septiembre, -JUR 2001/315448-.

SAP Madrid, de 22 mayo 2001, -JUR 2001/251923-.

SAP Palencia núm. 121/2001, de 24 de abril -AC 2001/930-.

SAP Barcelona, de 31 marzo 2001, -JUR 2001/215218-.

SAP Vizcaya núm. 862/2000, de 1 de diciembre -AC 2002/719-.

SAP Zaragoza núm. 524/2000, de 25 de julio, -JUR 2000/273349-.

SAP de Pontevedra núm. 320/2000, de 14 de julio -AC 2000/2044-

SAP Madrid, de 10 julio 2000, -JUR 2000/262050-.

SAP Murcia núm. 399/2000, de 1 de julio, -JUR 2001/15182-.

SAP Gerona, núm. 353/2000 de 19 junio -AC 2000/3236-.

SAP Barcelona, de 10 mayo 2000, -JUR 2000/211264-.

SAP Murcia núm. 199/2000, de 8 de mayo, -JUR 2000/201552-.

SAP Valencia núm. 390/2000, de 28 de abril -AC 2000/1193-

SAP Zaragoza núm. 256/2000 -AC 2000/1287-.

SAP de Asturias núm. 177/2000, de 12 de abril -AC 2000/3408-.

SAP Castellón, núm. 511/1999 de 29 diciembre -AC 1999/2558-

SAP Pontevedra núm. 713/1999, de 27 de diciembre -AC 1999/2557-.

SAP Vizcaya núm. 606/ 1999, de 3 de diciembre -AC 1999/7439-.

SAP Navarra núm. 260/1999, de 11 noviembre -AC 1999/2446-.

SAP Palencia núm. 296/1999, de 18 de octubre -AC 1999/2213-.

SAP Córdoba núm. 248/1999, de 6 de octubre -AC 1999/2083-.

SAP de Asturias núm. 503/1999, de 24 de septiembre -AC 1999/6338-

SAP Barcelona, de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-.

SAP Orense de 7 de enero de 1999, -AC 1999/79-.

SAP Madrid núm. 482/1999, de 4 junio -AC 1999/1472-.

SAP Barcelona de 28 mayo 1999 -AC 1999/8799-.

SAP Huesca núm. 355/1998, de 20 noviembre -AC 1998/2476-

SAP Málaga núm. 466/1998, de 2 de julio -AC 1998/1591-.

SAP Sevilla de 26 de marzo 1998 -AC 1998/597-

SAP Baleares núm. 105/1998 de 5 de febrero -AC 1998/3954-

SAP Lugo núm. 19/1998, de 15 de enero -AC 1998/2825-

SAP Álava núm. 222/1997 de 4 de octubre -AC 1997/1985-.

SAP Valencia, núm. 530/1997 de 30 mayo -AC 1997/1145-

SAP Granada núm. 626/1996 de 30 septiembre -AC 1996/1730-.

SAP Madrid núm. 734/1996, de 17 diciembre -AC 1996/2585-.

SAP Barcelona, de 16 diciembre 1996 -AC 1997/1650-.

SAP Jaén núm. 218/1996, de 7 junio -AC 1996/1062-.

SAP Ávila núm. 260/1995, de 13 diciembre -AC 1996/430-

SAP Madrid, de 7 diciembre 1995 -AC 1995/2394-.

SAP Palencia de 20 abril de 1995 -AC 1995/1626-.

SAP Barcelona de 26 de mayo de 1993, -AC 1993/1178-.

SAP Valencia de 21 mayo 1993 -AC 1993/1024-

SAP Vizcaya de 27 enero 1993 -AC 1993/34-.

SAP Barcelona de 10 de febrero de 1992. Fuente: *Colex jurisprudencia*.

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

SJ Prim. Inst. Vizcaya, Bilbao, núm. 12/2004, de 12 de enero, -AC 2004/171-.

SJ Prim. Inst. Sevilla núm. 19, de 28 enero 2002, -JUR 2002/47775-.

ACTUACIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOBRE CONTRATOS DE FRANQUICIA.

Decisiones.

Decisión TDC de 17 de mayo de 1993 "Renta 4" (Asunto 43/1993, AC 1993/1992).

Decisión TDC de 21 de abril de 1991 (Asunto 21/1991).

Decisión TDC de 18 de abril de 1990 (Asunto 1/1990).

Informes.

Informe del TDC sobre concentraciones de empresas, en el caso "Caprabo/Enaco" -C 70//02-.

Resoluciones.

Resolución TDC de 11 noviembre de 2004 "Asociación de Franquiciados de Tele Pizza vs. Tele Pizza S.A.", en el Expte. r 621/04.

Resolución TDC de 18 junio de 2003, "Calviá Supermarket Discount, S.L. vs. DIASA", en el Expte. R 541/02.

Resolución TDC de 22 octubre de 2002, "*Franquicia Cafés Jamaica*", en el Expte. R 507/01.

Resolución TDC de 21 de octubre del 2002 "*Repsol Butano*", en el Expte. 527/01.

Resolución del TDC de 12 de junio de 2002, "*Benetton*", en el Expte. R 466/01.

Resolución TDC de 7 de marzo de 2002 "*Tubogas/Repsol*", en el Expte. 513/01.

Resolución TDC de 29 de julio de 1999 en el Expte. 438/1998 (AC 1999/1767).

Resolución de 12 de julio de 1996 respecto de la solicitud de autorización singular por la sociedad "*Best Western Spain Hotels, AIE*" (AC 1996/1465).

Resolución TDC de 23 de mayo de 1996, que resuelve las solicitudes de autorización singular presentada por "*La Casera*" (AC 1996/939).

Resolución TDC núm. 15/1996, de 17 de abril, que resuelve la solicitud de autorización singular presentada por "*Multipropiedad Gallega, S.A.*" (AC 1996/726).

Resolución TDC de 13 de diciembre de 1995, sobre una solicitud de autorización singular presentada por "*Hoteles Meliá, S.A.*" (AC 1995/2594).

Resolución TDC de 18 de julio de 1995 (Asunto 133/1995, AC 1995/1399).

Resolución TDC de 9 de junio de 1995 que resuelve las solicitudes de autorización singular presentadas por "*Pascal*" y por "*Baztán Cortés Javier – Jáuregui Oneca Esther*", por "*Antonio S.Q.*" y por "*María Fernanda G.N.*" (AC 1995/1297).

Resolución TDC de 8 de julio de 1992 (Expte. 294/91 ANIERAC vs. FRINT ESPAÑA S.A. y otros).

Resolución TDC de 15 de abril de 1994 (Expte. 335/93 Trip y Chevignon).

SENTENCIAS DE OTROS PAÍSES.

Alemania

BGH, Sentencia de 17 de julio de 2002 – VIII ZR 59/01, *Betriebs-Berater*, núm. 40, 2002, pp. 2036-2039.

OLG München, Sentencia de 26 de junio de 2002 – 7 U 5730/01, *Betriebs-Berater*, vol. 49, 2002, pp. 2521-2524.

OLG München, Sentencia de 24 de abril de 2001 – 5 U 2180/00, *Betriebs-Berater*, núm. 35, 2001, pp. 1759-1762

BGH, Sentencia de 16 febrero 2000 - VIII ZR 134/99, www.rws-verlag.de

BGH, Sentencia de 4 noviembre 1998 – VIII ZB 12/98, *Betriebs-Berater*, núm. 1, 1999, pp. 11-14.

KG Berlin, Sentencia de 21 de noviembre de 1997 – 5 U 5398/1997, *Betriebs-Berater*, vol. 12, 1998, pp. 607-609.

BGH, Sentencia de 23 julio 1997 – VIII ZR 130/96, *Betriebs-Berater*, 1997, pp. 1860 y s.

OLG Karlsruhe, Sentencia de 12 febrero 1992, “MacChinese”, *GRUR*, núm. 7, 1992, p. 460-463.

BGH, Sentencia de 12 de noviembre de 1986 –I ZR 209/84, www.rws-verlag.de

Hanseatischen OLG Hamburg, Sentencia de 5 junio 1986, “Pronuptia de Paris”, *GRUR_Int.*, núm. 11, 1987, p. 785-788.

OLG Frankfurt, 2 de diciembre 1982, "*Pronuptia de Paris*", *GRUR*, núm. 8, 1983, p. 461-463.

BGH, Sentencia de 23 marzo 1982, "*Meierei-Zentrale*", *GRUR*, núm. 9, 1982, p. 576-581.

Australia⁸⁹⁷

Sentencia de 12 de febrero de 2003 de la [Federal Court of Australia](#).

Sentencia de 1 de enero de 1999 del [Supreme Court of New South Wales](#).

Sentencia de 16 de julio de 1998, del [Supreme Court of New South Wales](#).

Sentencia de 30 de junio de 1997, de la [Federal Court of Australia](#).

Austria

Obersten Gerichtshofs, Sentencia de 5 mayo de 1987, "*Stefanel*", *GRUR Int.*, núm. 1, 1988, pp. 72-74.

Italia.

Tribunale di Como, 11 marzo 2000, cit. en Rizzoli, C. "*Aspetti contrattuali: Le clausole scatenanti le controversie*", *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Unidroit: Roma, 2001, p. 48 y s., np. 13.

Pretura di Roma, Ordinanza 11 de junio de 1984, *Giurisprudenza italiana*, diciembre 1985, sesión II, col. 710, *Franchising: Legislazione e pratica - Presente e futuro*, Unidroit: Roma, 2001, pp. 146-150.

Francia.

Cour de cassation, com. 23 abril 2003, en *Recueil Dalloz*, 2003, núm. 35, p. 2433, comentario de D. Ferrier.

Cour de cassation, com. 3 diciembre 2002, en *Recueil Dalloz*, 2003, núm. 35, p. 2432.

Cour de cassation, com. 19 noviembre 2002, en *Recueil Dalloz*, 2003, núm. 35, p. 2427 y s., comentario de D. Ferrier.

C. París, de 25 de mayo de 2000, en *Gazette du Palais*, enero febrero 2001, p. 261 y s., comentario de H. Vray.

C.app. 5º Ch. B, París, de 3 de junio de 1999, *Gazette du Palais*, mayo-junio 1999, p. 304.

CA París, 5e ch. B., de 4 marzo 1999, *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 5, 2 febr. 1999, p. 208-210.

CA Paris, 5e ch. B, 11 febrero 1999, *La Semaine Juridique (JCP)*, 1999, p. 208.

Cass. Com. 17 noviembre 1998 (réf. 5653), *Gazette du Palais*, mayo-junio 1999, p. 40.

Cass. Com. 20 enero 1998, *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 4, 27 enero 1999, p. 220-222.

Sentencia de 24 de enero de 1996 de la [Cour d'appel de Grenoble](#)⁸⁹⁸

Cass. Com. 5 de julio de 1994, *La Semaine Juridique (entreprise et affaires)*, 1995, p. 22.

⁸⁹⁷ Referencia de las mismas se puede encontrar en <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>.

⁸⁹⁸ Referencia de la misma se puede encontrar en <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>

Tribunal de commerce de Toulouse, 8 de febrero de 1995, *Gazette du Palais*, 1996, 1^{er}. sem., pp. 84-87.

CA Rouen, 2 Ch. Civ. 22 septiembre 1994, *La Semaine Juridique (JCP)*, 1995, p. 41.

CA París, 10 de marzo de 1989, *cit.* en Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, p. 111.

C.A. Versailles, de 9 de diciembre de 1987, *Vid.* Voillemot, D. "Termination of franchise and distribution agreements (France)", *op.cit.*, p. 100 y s.

C.París, 5 Ch. B, de 6 de marzo de 1987, *Gazette du Palais*, sept.- oct. 1987.

Cass. Comm. 4 noviembre 1986, *Recueil Dalloz*, 1988, p. 23.

Sent. de la Cour d'Appel de París "Morvan c. Sté Interncontinents", de 28 de abril de 1978, *La Semaine Juridique, éd. commerce et industrie*, núm. 5, 1980, p. 5-8.

Agen, Ch. soc., Sent. de 8 noviembre 1977, -*époux Verdoux c. Sodireg-*, *La Semaine Juridique, éd. generale*, 1979, ref. 19027.

2^o París, 5^o Ch., sect. C., 3 noviembre 1977, -*Lamy c. Sodireg-*, *La Semaine Juridique, éd. generale*, 1979, ref. 19027.

Cour d'Appel de Colmar, *Felicitas, IPM (S.A.R.L.) c. Georges (Armand)*, 6 diciembre 1977, *Propriété Industrielle. Bulletin documentaire*, vol. 3, 1978, p. 405.

Cass.com. 17 marzo 1970, *Recueil Dalloz*, p. 734

Cass.com. 16 febrero 1970, *Recueil Dalloz*, p. 722.

Países Bajos

Sentencia de 5 de marzo de 1997 del [RB Zwolle](#)⁸⁹⁹.

⁸⁹⁹ Referencia de la misma se puede encontrar en <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>