



TESIS DOCTORAL

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. CAUSAS Y EFECTOS.

Presentada por:

Antonio Ángel Priego Quesada

Director:

Dr. Jaume Martí Miravalls

Universitat de València

Mayo 2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
-------------------	---

CAPÍTULO 1. REDES DE FRANQUICIA. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE FRANQUICIA.

I.- INTRODUCCIÓN. REDES DE FRANQUICIA Y FRANQUICIA.....	13
II.- IMPORTANCIA ECONÓMICA.....	24
III. ACERCAMIENTO NORMATIVO A LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.....	28
IV. CONCEPTO DE CONTRATO DE FRANQUICIA.....	40
V. CARACTERES.....	50
1. ATÍPICO.....	51
2. SINLAGMÁTICO.....	55
3. BILATERAL.....	58
4. COMPLEJO.....	59
5. INTUITU PERSONAE.....	61
6. DE DURACIÓN.....	63
VI. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE LAS REDES DE FRANQUICIA.....	66
1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	66
2. EL CONTRATO DE AREA DEVELOPMENT.....	67
3. EL CONTRATO DE MASTER FRANQUICIA.....	69
4. EL CONTRATO DE AREA REPRESENTATION.....	72
VII. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	73
1. FRANQUICIADOR.....	73
2. FRANQUICIADO.....	75

VIII. INTRODUCCIÓN A LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES DE LAS PARTES.....	78
1. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS AL FRANQUICIADOR.	80
2. OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL FRANQUICIADOR.	86
3. OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL FRANQUICIADO.	97

CAPÍTULO 2.- LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

I.- NOTAS INTRODUCTORIAS.....	107
II.- POSIBLES FORMAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.	108
1. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA.....	111
2. TERMINACIÓN POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.	118
3. TERMINACIÓN POR FIN DE PLAZO.....	120
4. TERMINACIÓN POR RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.	124
5. ESPECIAL REFERENCIA A LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA DE DURACIÓN INDEFINIDA.	126
III. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA RESOLUCIÓN.....	133
1. NOTAS GENERALES.....	135
2. EL CARÁCTER DEL INCUMPLIMIENTO.....	144
3. INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES.....	168
IV. EL EJERCICIO JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN.....	184
V. BREVE ANOTACIÓN SOBRE EL PLAZO SUPLEMENTARIO.....	190

CAPÍTULO 3. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

I.- INTRODUCCIÓN.....	198
II. EL CARÁCTER NO RESOLUTORIO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL FRANQUICIADOR.....	202
III. INCUMPLIMIENTO DERIVADO DE LA TRANSMISIÓN DEL MODELO DE EMPRESA POR PARTE DEL FRANQUICIADOR.....	205
IV. INCUMPLIMIENTOS RELACIONADOS CON LA TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	212
1. LA AUSENCIA DE IUS PROHIBENDI POR PARTE DEL FRANQUICIADOR SOBRE LOS SIGNOS DISTINTIVOS NO ES CAUSA DE INCUMPLIMIENTO SINO DE NULIDAD.....	214
2. EL INCUMPLIMIENTO POR EL DAÑO A LA MARCA DE LA RED.....	221
3. RESPECTO DE LA TRANSMISIÓN DEL KNOW-HOW.....	231
3.1. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL KNOW-HOW EN LA RELACIÓN DE FRANQUICIA.....	237
3.2. SUPUESTOS DE NULIDAD VERSUS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO.....	244
V. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE FORMACIÓN POR PARTE DEL FRANQUICIADOR.....	254
VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA O COMERCIAL.....	268
VII. INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADO DE LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTACIÓN DE LA FRANQUICIA.....	288
VIII. INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGOS PERIÓDICOS.....	294
IX. SOLUCIONES FRENTE EL INCUMPLIMIENTO: EL SISTEMA DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.....	316
X. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN CASO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	319

1. DECLARACIÓN DEL CONCURSO DEL FRANQUICIADOR O DEL FRANQUICIADO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN.....	320
2. POSIBILIDAD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO O CONTINUACIÓN DE LA RELACIÓN TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.....	328
3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	337

CAPÍTULO 4.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.

I. NOTAS GENERALES.....	347
II. EFECTOS NO PATRIMONIALES.....	356
1. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.	357
2. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN TRAS LA RESOLUCIÓN. DEVOLUCIÓN DE MATERIAL CORPORATIVO Y MANUALES.	375
III. EFECTOS PATRIMONIALES.....	384
1. EL CANON DE ENTRADA E INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADOR.	384
2. LA COMPENSACIÓN POR CLIENTELA.	387
3. INDEMNIZACIÓN POR STOCK SOBRANTE.	407
4. INDEMNIZACIÓN POR INVERSIONES NO AMORTIZADAS.....	414
5. INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y SU MODERACIÓN.....	434
CONCLUSIONES.	445
BIBLIOGRAFÍA	463
ANEXO JURISPRUDENCIA	479

ABREVIATURAS

<i>AA.VV.</i>	<i>Autores varios/ Obra colectiva</i>
<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ACv</i>	<i>Aranzadi Civil</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de derecho civil</i>
<i>AdD</i>	<i>Anales de derecho</i>
<i>ADI</i>	<i>Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor</i>
<i>AEDIP</i>	<i>Anuario español de derecho internacional privado</i>
<i>Cc</i>	<i>Código civil</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>Cco</i>	<i>Código de comercio</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
<i>Cit.</i>	<i>Citado</i>
<i>Coord.</i>	<i>Coordinador</i>
<i>DA</i>	<i>Disposición Adicional</i>
<i>DAc</i>	<i>Distribución Actualidad</i>
<i>Dir.</i>	<i>Director</i>
<i>Dir. Comm. Inter.</i>	<i>Diritto del Commercio Internazionale</i>
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios</i>
<i>DO</i>	<i>Diario oficial</i>
<i>DPyC</i>	<i>Derecho Privado y Constitución</i>
<i>DyC</i>	<i>Distribución y consumo</i>
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
<i>Ed.</i>	<i>Editor</i>
<i>EIPR</i>	<i>European Intellectual Property Review</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
<i>FJ</i>	<i>Fundamento Jurídico</i>
<i>FLJ</i>	<i>Franchise Law Journal</i>
<i>GJ</i>	<i>Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia</i>

<i>GN</i>	<i>Gaceta de los Negocios</i>
<i>HBR</i>	<i>Harvard Business Review</i>
<i>IIC</i>	<i>International Review of Industrial Property and Copyright Law</i>
<i>IJFL</i>	<i>International Journal of Franchising Law</i>
<i>IMR</i>	<i>International Marketing Review</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit international</i>
<i>JIFDL</i>	<i>Journal of International Franchising and Distribution Law</i>
<i>JMCh</i>	<i>Journal of Marketing Channels</i>
<i>JoCM</i>	<i>Journal of Consumer Marketing</i>
<i>LCA</i>	<i>Ley contrato de agencia</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley de competencia desleal</i>
<i>LL</i>	<i>La Ley</i>
<i>LLM</i>	<i>La Ley Mercantil</i>
<i>LM</i>	<i>Ley de Marcas</i>
<i>LOCM</i>	<i>Ley de ordenación del comercio minorista</i>
<i>LP</i>	<i>Ley de patentes</i>
<i>NUE</i>	<i>Noticias de la Unión Europea</i>
<i>Núm.</i>	<i>Número</i>
<i>Pág.</i>	<i>Páginas</i>
<i>Qua. Giur. Com.</i>	<i>Quaderni di Giurisprudenza Commerciale</i>
<i>Rass. Dir. Civ.</i>	<i>Rassegna di Diritto Civile</i>
<i>Rcd</i>	<i>Revista de derecho de la competencia y la distribución</i>
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDN</i>	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDPPr</i>	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDSr</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>

<i>RIE</i>	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
<i>Riv. Dir. Ind.</i>	<i>Revista di Diritto Industriale</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista jurídica de Catalunya</i>
<i>RJD</i>	<i>Revista jurídica del notariado</i>
<i>RLJ</i>	<i>Revista de legislación y jurisprudencia</i>
<i>RME</i>	<i>Reglamento de Marca de la Unión Europea</i>
<i>RTDCom.</i>	<i>Revue Trimestielle de Droit Commercial et de Droit Économique</i>
<i>SAP</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
<i>Ss.</i>	<i>Siguientes</i>
<i>SJM</i>	<i>Sentencia del Juzgado de lo Mercantil</i>
<i>SJPI</i>	<i>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia</i>
<i>STMC</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Marca Comunitaria</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>T.</i>	<i>Tomo</i>
<i>ULR</i>	<i>Uniform Law Review</i>
<i>Vol.</i>	<i>Volumen</i>

CAPÍTULO 1. REDES DE FRANQUICIA. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE FRANQUICIA.

I.- INTRODUCCIÓN. REDES DE FRANQUICIA Y FRANQUICIA.

El origen del contrato de franquicia moderno, sin realizar una remisión al posible origen medieval del término, lo encontramos antes de la Primera Guerra Mundial en los Estados Unidos¹. Si bien en un principio el contrato de franquicia se limitaba a regular la autorización para la venta de productos bajo unas directrices relativas a presentación del producto, técnicas de comercialización y al uso de los signos distintivos del fabricante o productor, a partir de la Segunda Guerra Mundial incorpora a su contenido aspectos relacionados con el *marketing* en cuanto al control de

¹ Como consecuencia de la prohibición *antitrust*, que impedía que los fabricantes de automóviles vendieran sus productos de una forma directa a los consumidores, se empiezan a celebrar los primeros contratos de franquicia. Con posterioridad dichos contratos se extendieron a otros sectores como las gasolineras o la industria farmacéutica. En efecto, los primeros contratos de franquicia aparecen en EEUU, a finales del siglo XIX y principios del XX, en el ámbito de la industria automovilística como método comercial que permitía burlar la normativa “antitrust” que impedía a los fabricantes de automóviles vender por sí mismos sus productos a los consumidores finales. Del ámbito de la industria automovilística el contrato se extendió rápidamente a otros sectores como la industria petrolera, principalmente gasolineras. Sobre el origen del contrato de franquicia, por todos, en nuestra doctrina, la clásica –aunque plenamente vigente– obra de RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, 2000, pág. 23 y ss; y ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia. Delimitación y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, 1995, pág. 6 y ss. La jurisprudencia española recoge el origen norteamericano de la franquicia. A estos efectos, señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 6410, de 21 de octubre de 2005, la cual es citada en innumerables sentencias, que «El contrato de franquicia, “franchising”, procedente del derecho norteamericano – “franchiseagreement”-, donde se generó o divulgó para eludir la prohibición “antitrust”», siguiendo los planteamientos destacados por la doctrina científica señalada.

las actividades empresariales dirigidas al mercado con el fin de satisfacer al cliente.

Se pasa en esta etapa de un sistema de distribución a través de comerciantes seleccionados a un sistema de comercialización en el que el franquiciador se asegura el control del correcto cumplimiento de la ejecución, por parte del franquiciado, del modelo de negocio creado por el primero en base a las directrices transmitidas. Este segundo sistema, más moderno y organizado es en el que encuentra su origen la franquicia europea y los contratos de franquicia a través de los cuales se desarrolla este modelo en nuestro país².

En un mundo globalizado donde son cada día más comunes los intercambios comerciales, la franquicia se establece como un sistema en el que los intervinientes aprovechan las características del mismo en su propio beneficio y en el común de la red³. Los fabricantes, productores, prestadores de servicios, etc., se desarrollan a través del sistema de franquicia ampliando sus mercados sin necesidad de grandes inversiones

² En extenso RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 23-25.

³ Para una noción completa del concepto de red empresarial, RUIZ PERIS, J.I., "Un derecho específico para las redes empresariales", en *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo blanch, 2012. Sobre las características de las redes contractuales, en la doctrina comparada, por todos, CAFAGGI, F., "Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?", *EUI Working Paper*, núm. 15, 2008. Como señala MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, Juruà, 2018, pág. 25, en las últimas tres décadas hemos asistido a una redefinición sin precedentes de las relaciones comerciales fruto del cambio que ha experimentado el paradigma organizativo dominante a lo largo de varios siglos. Esta etapa, en la que los mercados se sustituyen por redes, y los vendedores y compradores por proveedores, distribuidores y usuarios, se caracteriza por el creciente auge de modernas formas de organización de los negocios. Dentro de ellas, unas de las más importantes, son las redes de franquicia, siendo el contrato de franquicia el principal instrumento jurídico a través del cual se constituye la red.

económicas y llegando a mercados a los que no podrían llegar de manera personal o directa. Por su lado, los franquiciados aprovechan un saber hacer, unas técnicas comerciales, un producto, que el franquiciador pone a su disposición, reduciendo o minimizando, los riesgos inherentes al inicio del negocio independiente.

El sistema de franquicia se conforma como una de las posibilidades existentes dentro de las distintas opciones de expansión que se le presentan al empresario. En el momento de planificar la expansión de la empresa éste debe decidir si interviene directamente en el mercado a través de filiales o sucursales, por ejemplo, o realiza dicha actividad a través de otros empresarios, con los que deberá establecer unas reglas que regulen la relación a través de un contrato de franquicia, concesión, distribución, etc⁴.

En la actualidad el contrato de franquicia se incardina, según opinión pacífica de la doctrina, dentro de los contratos de distribución comercial⁵. Por distribución comercial, en su sentido más amplio, se entiende «todas aquellas técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor final»⁶.

⁴ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Aranzadi, 2009, págs. 36-37.

⁵ MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, 2003, pág. 4.

⁶ Esta definición es apuntada por ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia* (dir. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.), Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 163.

No obstante, debemos señalar que la distribución comercial viene experimentando de una forma notable en los últimos tiempos un proceso de expansión y desarrollo, por el que la definición anterior puede resultar un tanto limitada. Ya en el año 2007, la doctrina apuntaba que nos encontrábamos en una fase en la que los empresarios se integraban en torno a marcas o modelos de negocio impulsados por criterios económicos mediante los que se buscaba el máximo beneficio mediante la reducción de costes, la especialización, las economías de escala, etc. Esta integración comenzó a propiciar la formación de los denominados canales o redes de distribución⁷.

De ello se dio cuenta la doctrina más atenta, apareciendo los primeros trabajos sobre redes empresariales, entendiendo por tal «un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un bien jurídico, signos distintivos, tecnología, modelo de empresa, productos que se distribuyen, o servicios que se prestan»⁸.

Estas redes empresariales han seguido desarrollándose en los últimos años configurándose en la actualidad como una de las primeras opciones para la apertura de negocios frente al comercio tradicional, pudiendo ampliar el concepto indicado anteriormente e identificar las redes de distribución como una categoría de red empresarial compuesta por

⁷ ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», *Cuadernos...*, cit., pág. 164.

⁸ RUIZ PERIS, J.I., «Del contrato bilateral a la relación de red», *Hacia un Derecho para las redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Tirant lo Blanch, 2009, pág. 9.

empresarios jurídicamente independientes⁹, pero económicamente vinculados e interdependientes, en la que todos los miembros contratan con el cabeza de red, quien posee facultades de coordinación, dirección y control respecto a la actuación de éstos, para la comercialización de unos mismos bienes o servicios»¹⁰.

El contrato de distribución, que regula las relaciones entre los miembros de estas redes, se articula como una técnica de integración empresarial, cediéndose una parte de la capacidad de decisión empresarial a los distribuidores a cambio de una actuación coordinada de todos ellos con el fin de aumentar la eficiencia del sistema para el beneficio de todos los integrantes.

Estos contratos han ido evolucionando al compás de las propias redes de distribución, puesto que han ido surgiendo problemas derivados de la pertenencia a la red de distintos empresarios que no pueden encontrar solución adecuada en la mera regulación de los contratos bilaterales entre el cabeza de red y cada uno de los miembros de la misma¹¹.

⁹ La idea de “conjunto” en el sentido de “pluralidad” es destacada por CAFAGGI, F., *Contractual networks...*, cit., pág. 21, cuando afirma que: “a contractual network exists wherever there are two or more linked contracts among three or more contracting parties (heterogeneity). Several linked contracts between the same two parties (homogeneity) do not constitute a contractual network”.

¹⁰ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (encroachment)*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 15. En el mismo sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: Estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285, 2012, pág. 98.

¹¹ En este sentido se postula RUIZ PERIS, J.I., «Del contrato bilateral a la relación de red», *Hacia un...*, cit., págs. 10-11.

Como ha señalado la mejor doctrina, la búsqueda de una solución al patrimonio compartido de reputación y/o clientela existente entre los miembros de la red, los intereses en conflicto que pueden surgir entre los distintos miembros de la red, que no tienen contrato entre ellos, o la exclusión de un miembro de la red por parte del cabeza de red, son algunos de los problemas que no encuentran solución adecuada en la tradicional teoría general de los contratos ni en el derecho societario y sobre los que habrá que seguir construyendo un derecho específico en la materia¹².

La finalidad esencial perseguida por los contratos de distribución, además de favorecer el intercambio planificado de prestaciones, es la de integrar al distribuidor en la estructura organizada de la red de distribución. Dentro de ésta los distribuidores actuarán con independencia pero sometidos a unas mismas directrices impuestas por el cabeza de red¹³. Con este sometimiento a unas directrices comunes el cabeza de red consigue mantener el control de la distribución de sus productos y aumentar la reputación de la red sin necesidad de recurrir a recursos propios.

La causa negocial común a todos estos contratos de distribución «radica en su misma función económica, cuál es la comercialización de productos o

¹² En este sentido se postula RUIZ PERIS, J.I., «Del contrato bilateral a la relación de red», *Hacia un...*, cit., págs. 10-11.

¹³ En este sentido ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», *Cuadernos...*, cit., pág. 170 y MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 98.

servicios mediante la creación de una estructura estable –la red de distribución- compuesta por empresarios jurídicamente independientes»¹⁴.

Dentro de las redes de distribución podemos distinguir entre redes de distribución integrada y no integrada o libre. La red de distribución libre es la que se caracteriza, en primer lugar, por la utilización por el fabricante de distribuidores independientes desde el punto de vista jurídico y económico, los cuales no se hallan propiamente incorporados a la red comercial y, en segundo lugar, porque no se limita el número de revendedores de la cadena ni se les asigna un territorio.

Por el contrario, la red de distribución integrada la podríamos definir como aquella que comprende todas las fórmulas en las que determinados empresarios se incorporan a un canal ya creado y asumen una disciplina y condiciones impuestas por el fabricante, perdiendo en mayor o menor grado su propia autonomía¹⁵.

Con carácter general, el carácter integrado o no de la red de distribución es consecuencia de dos factores no cumulativos y compatibles como son la exclusividad y el uso compartido de elementos que configuren la identificación externa de la empresa. Es esa integración derivada de la exclusividad y del uso de los bienes inmateriales que identifican la red por

¹⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 98.

¹⁵ ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», *Cuadernos...*, cit., pág. 166.

todos los miembros de la misma lo que determina la necesidad y la legitimidad del cabeza de red de ese poder de dirección¹⁶.

Como tipos contractuales básicos dentro de la distribución integrada encontramos el contrato de compra o suministro en exclusiva, de venta en exclusiva, de distribución selectiva, de concesión y de franquicia¹⁷. Y dentro de las redes de distribución integradas podemos incluir el contrato de franquicia dentro de los contratos de integración plena, puesto que el miembro de la red adapta completamente su establecimiento a las concretas necesidades de la misma, siguiendo las instrucciones del

¹⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 99.

¹⁷ El contrato de compra en exclusiva o de suministro en exclusiva: En este tipo de contrato el distribuidor se obliga a adquirir determinados bienes o servicios, a cambio de contraprestaciones, solamente a un proveedor o a terceros designados por éste. El contrato de venta en exclusiva: que sería la figura contraria y por la que el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios acordados. El contrato de distribución selectiva: Aquí el proveedor se obliga a vender los bienes acordados únicamente a los distribuidores seleccionados por él en atención a circunstancias objetivas, y el distribuidor seleccionado se compromete a revenderlos a consumidores finales respetando las instrucciones del proveedor y prestando asistencia técnica a los compradores. El contrato de concesión: El distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo las directrices y supervisión de éste, bienes o servicios en una zona determinada. El contrato de franquicia: sin ánimo exhaustivo, puesto que desarrollaremos el concepto en el siguiente epígrafe, el contrato de franquicia es aquél por el que el franquiciador cede el derecho a explotar un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica del franquiciador, a cambio del pago de un canon y del compromiso del franquiciado de ajustarse a las pautas de actuación acordadas. Ver, por todos, ALONSO SOTO, R., «Bases para una futura regulación de los contratos de distribución», *La reforma de los contratos de distribución comercial* (dir. JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y RUIZ PERIS, J.I.), La Ley, 2013, pág. 56. MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 99, incluye dentro de los contratos de distribución integrada los de agencia con exclusiva, los de distribución exclusiva, los de concesión y los de franquicia.

franquiciador y utilizando los signos distintivos de la red, con la finalidad de ofrecer una imagen de unidad empresarial¹⁸.

En conclusión, siguiendo a la principal doctrina sobre la materia, las redes de franquicia, por tanto, son una modalidad de redes de distribución - con integración plena-, compuestas por un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes, como consecuencia de compartir la explotación -directa o indirecta- de un modelo de empresa. En su versión más simple la red de franquicia está constituida por el franquiciador y los franquiciados - contrato de franquicia y contrato de *area development*-, aunque puede estar integrada por otras figuras como el *master* -contrato de *master* franquicia- o el *area representant* -contrato de *area representation*-. En las redes de franquicia el bien jurídico compartido es un modelo de empresa¹⁹, esto es, un modo específico de organizar los elementos integrantes de una empresa -capital y trabajo- para la realización de una determinada actividad económica²⁰. Esa unidad empresarial -el modelo de empresa- posee

¹⁸ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 100, establece una diferenciación entre los contratos de integración plena según lo apuntado y los de integración parcial, en los que no se llega a producir la imagen de unidad empresarial.

¹⁹ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 67 y ss. Es lo que se conoce como "*franchising format business*", en sus tres variedades: "*package franchise*" (modelo de fabricación y distribución creado por el franquiciador y cedido al franquiciado a cambio de un canon); "*franchise product*" (franquicia de distribución de productos) y "*service franchise*" (franquicia de servicios).

²⁰ Término que podemos hacer equivalente al de una unidad de explotación, establecimiento o negocio, atendiendo a las diferentes terminologías coexistentes en nuestra doctrina para identificar una organización de capital y trabajo dirigida a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado, como enseño el maestro BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1990, pág. 93 y 94.

sustantividad propia, independiente de todos los elementos que la componen y puede ser considerada como un bien jurídico de carácter inmaterial en sí mismo²¹.

El objetivo perseguido con el uso común del modelo de empresa es que el resultado obtenido –establecimiento franquiciado- sea idéntico, o lo más similar posible –como mínimo uniforme-, al resultado propuesto por el franquiciador -establecimiento que éste pretende que sea creado-, con

²¹ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 67 y ss. En el mismo sentido, en la doctrina portuguesa, por todos, DIAS PEREIRA, A.L., “Da franquia de empresa («franchising»)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXII, Universidade de Coimbra, 1997, pág. 251 y ss. Al modelo de empresa diseñado por el franquiciador puede asignarse la naturaleza de bien jurídico, puesto que es susceptible de valoración económica y apto para ser objeto de negocios jurídicos. Más aun, el modelo de empresa constituye un auténtico bien inmaterial –sobre el concepto y dogmática de los bienes inmateriales, por todos, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial -know-how-. Concepto y protección*, Tecnos, 1974, pág. 69 y ss-. Al igual que los demás bienes inmateriales –know-how, marcas, software-, el modelo de empresa es una idea fruto de la mente humana –*corpus mysticum*- que se plasma en objetos corpóreos –*corpus mechanicum*- para ser percibido por los sentidos, siendo –además- susceptible de ser reproducido ilimitadamente y objeto de posesión y disfrute simultáneo por una pluralidad de personas en diversos lugares, en contraposición a los bienes materiales –*duorum in solidum possessio esse non potest*, ver, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, cit., pág. 75-. A esta calificación es ajeno que el bien jurídico –modelo de empresa- no sea objeto de tutela a través de un derecho de exclusiva –por todos, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, cit., pág. 83 y 84, quién señala que: “...si bien es correcto afirmar que el derecho de patente o el derecho sobre un modelo son derechos de exclusiva, no es exacto sostener in genere que los derechos sobre bienes inmateriales son derechos de exclusiva”. En contra, por todos, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, 1970, pág. 320, quién considera como bienes inmateriales sólo aquellas creaciones intelectuales que pueden ser objeto de derechos absolutos. Ello no significa que el bien jurídico constituido por el modelo de empresa no está tutelado por el ordenamiento jurídico. Es la “protección indirecta” a la que se refería la doctrina alemana. Más al contrario, el modelo de empresa está protegido tanto sectorialmente, por los derechos de exclusiva de los que deberán gozar algunos de sus elementos, como global o indirectamente, por la LCD que, como es sabido, no otorga derecho de exclusiva. Así, por todos, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 68 y 69. Véase, también, VICENT CHULIÁ, F., “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993, págs. 9975 y ss.

independencia del mercado en el que se explote²². Para ello es necesario que todos los elementos que integren el modelo de empresa puedan ser reproducidos en la realidad por todos aquellos que integrarán la red. Entre ellos destacan los signos distintivos y el know-how. Ambos son extraordinariamente relevantes, pero no los únicos elementos que deben ser comunicados o transmitidos para la correcta explotación del modelo de empresa por el franquiciado. Éste tendrá que aplicar, por ejemplo, métodos de organización interna de la empresa o de comercialización propios del modelo de empresa franquiciado que en absoluto representan conocimientos secretos y substanciales. Para la adecuada explotación del modelo de empresa objeto del contrato es, por tanto, igualmente imprescindible la formación del franquiciado, o cualquier otro miembro de la red, y su personal. Ésta permitirá acceder de un modo rápido a la comprensión del modelo de empresa que deben aplicar. Su importancia es tanto más relevante cuanto en muchos casos el franquiciado es una persona que no procede del sector de la actividad económica en la que está incardinada la franquicia y en ocasiones ni siquiera tiene experiencia empresarial previa. Por su parte, la asistencia técnica o comercial resulta también imprescindible en cuanto permite al franquiciado resolver fácilmente problemas que, dada su falta de experiencia o de medios económicos, le resultarían difíciles de solucionar y que, sin embargo, para el franquiciador, dada su experiencia previa y su mayor capacidad económica derivada del efecto agregado de las franquicias, resultan fácilmente

²² RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares*, cit., pág. 26; e *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución...*, pág. 15.

solucionables. Todo ello bajo una serie de facultades de supervisión, coordinación, dirección y control del franquiciador²³.

II.- IMPORTANCIA ECONÓMICA.

Es evidente que el sistema de franquicia se encuentra en nuestro país en un momento de gran desarrollo. Es sin duda uno de los sectores que mejor ha soportado la dura crisis económica de los últimos años. En la actualidad existen cadenas de franquicias operando en todos los sectores económicos: industrial, distribución de bienes, prestación de servicios, etc. El contrato de franquicia supone también un instrumento de modernización de los comercios tradicionales, aportando nuevas técnicas de marketing, comercialización, etc., así como abaratando costes gracias a las economías de escala, que permiten las compras de productos y suministros a través de la red de establecimientos.

En el momento económico en el que nos desenvolvemos supone, además, una vía de acceso al mercado laboral para colectivos de desempleados que ven en el sistema de franquicia una forma con menos riesgo de emprender una actividad laboral ante la dificultad de acceder a un trabajo por cuenta ajena.

En nuestro país actualmente operan 1.348 cadenas de franquicias, de las cuales 1.116 son españolas y 232 extranjeras. Este dato supone un incremento importante en los últimos diez años, teniendo en cuenta que en

²³ Siguiendo a su maestro RUIZ PERIS, en extenso, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 28 y 29.

el año 2007 operaban 850 enseñas. Estas cadenas de franquicias mantienen, a su vez, un total de 74.398 establecimientos abiertos al público y emplean a 278.951 trabajadores²⁴. Estos datos nos sirven para ilustrar lo comentado en los párrafos anteriores y ver reflejada la importancia económica de la franquicia dentro, sobre todo, del sector comercial y de servicios en nuestro país²⁵.

Lo cierto es que el contrato de franquicia posibilita el desarrollo de la red de establecimientos del franquiciador en el mercado nacional, sin que éste tenga que asumir los costes de implantación que derivarían de dicho desarrollo a través de unidades operativas propias, y el desarrollo de dicha red en mercados exteriores de una forma más rápida, a través del conocimiento de dichos mercados por empresarios locales. En el momento

²⁴ Datos a fecha 31 de diciembre de 2017 extraídos del Informe 2018 de la franquicia en España, elaborado por la Asociación Española de Franquiciadores. Descargado desde la página de la AEF www.franquiciadores.com/la-franquicia-espana/ en fecha 12 de mayo de 2018.

²⁵ Sobre la importancia económica del contrato de franquicia también realiza referencias la jurisprudencia, otorgándole al contrato de franquicia la función de eludir el posible monopolio de las multinacionales o la de mejorar la eficiencia económica de las cadenas de producción o distribución. Sobre el aspecto referido al monopolio se pueden leer, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996, la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2004 o la de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de septiembre de 2012, las cuales señalan que los contratos de franquicia «son propios y característicos de las nuevas formas comerciales surgidas para eludir la presión monopolística de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados solamente puede ser frenada mediante concertos y uniones comerciales de los pequeños comerciantes y empresas, agrupadas en centrales de compras que realicen campañas comerciales, homogéneas y continuas».

Sobre la mejora de la eficiencia económica se expresa la sentencia de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de mayo de 2008, al mencionar que el nacimiento de los contratos de franquicia «obedece a la idea de mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución, en cuanto permiten una mejor coordinación entre las empresas participantes».

económico en el que nos encontramos el desarrollo de la red de establecimientos llevados a cabo a través de la franquicia permite la internacionalización sin necesidad de un capital excesivo, lo que facilita el desarrollo empresarial en mercados económicamente más atractivos, posibilitando, en muchas ocasiones, la supervivencia de la red ante estancamientos del mercado local.

Desde el punto de vista del franquiciado la franquicia posibilita una alternativa eficaz para aquellas personas que no cuentan con suficientes recursos económicos para convertirse en empresarios independientes. Aún más, partiendo de la situación económica actual, se ha afirmado su configuración no tanto como la citada alternativa entre un puesto de trabajo y una empresa propia sino como la posibilidad cualificada de tener acceso a una ocupación efectiva²⁶. Tal y como señalábamos, existen ciertos colectivos de trabajadores a los que se les presenta la dificultad de acceder al mercado laboral a través de un empleo por cuenta ajena, debiendo decantarse por un retorno al mercado laboral como trabajadores por cuenta propia. Es en este momento en el que la franquicia aparece como una alternativa más interesante que el comercio tradicional debido a sus características ya comentadas de modernidad, transmisión de *know-how*, etc.

²⁶ Pese a ser escritas en el año 1991 estas palabras gozan de total actualidad en el momento económico en el que nos encontramos, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La Franquicia*, Trivium, 1991, pág. 36.

Especial atención merece la relación entre enseñanzas españolas y latinoamericanas. Según los datos del sector²⁷, en el año 2017, el número de redes de franquicia españolas que se han internacionalizado a Latinoamérica sigue en la línea ascendente de los últimos años. Así, Argentina cuenta con 25 redes y 1.045 establecimientos, Bolivia con 10 redes y 15 establecimientos, Brasil con 20 redes y 1.684 establecimientos, Chile con 36 redes y 299 establecimientos, Colombia con 48 redes y 312 establecimientos, Costa Rica con 22 redes y 45 establecimientos, Cuba con 7 redes y 35 establecimientos, Ecuador con 28 redes y 124 establecimientos, El Salvador con 13 redes y 61 establecimientos, Guatemala con 29 redes y 147 establecimientos, Honduras con 15 redes y 28 establecimientos, México con 100 redes y 1.390 establecimientos, Panamá con 44 redes y 91 establecimientos, Paraguay con 9 redes y 17 establecimientos, Perú con 32 redes y 229 establecimientos, República Dominicana con 35 redes y 109 establecimientos, Uruguay con 10 redes y 12 establecimientos, y Venezuela con 32 redes y 666 establecimientos.

En términos absolutos, México es el segundo país con mayor número de redes de franquicia de origen español -sólo por detrás de Portugal-, Colombia el sexto, y Panamá el octavo. Y si atendemos al número de establecimientos, Brasil ocupa el tercer puesto; México el quinto; y Argentina el sexto.

²⁷ Así se desprende del “Informe estadístico 2018: la franquicia española en el mundo” que anualmente elabora la Asociación Española de Franquiciadores: disponible en www.franquiciadores.com.

Por su parte, los países de América Latina con mayor expansión nacional e internacional de redes de franquicias son México, Brasil, Argentina, Venezuela, Chile, Perú y Colombia. En concreto, según datos del sector, Brasil es el país con mayor número de establecimientos franquiciados, seguido de México y Argentina. Se da la paradoja de que estos tres territorios son los únicos en Latinoamérica con regulación, aunque sea parcial, de las redes de franquicia.

La relación entre las redes de franquicia españolas y latinoamericanas cada vez es más intensa. El papel de las nuevas tecnologías, que permite una mayor facilidad a la hora de cumplir con las obligaciones propias del franquiciador, unido a la modernización del Derecho Latinoamericano en materias como la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia, abona un terreno cada vez más seguro para un fructífero crecimiento e inversiones mutuas.

III. ACERCAMIENTO NORMATIVO A LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.

Ubicado el contrato de franquicia dentro de la esfera de los contratos de colaboración empresarial y, más concretamente, dentro de los contratos de distribución integrada a través de los que se constituye una red empresarial, debemos referirnos a los distintos intentos normativos realizados con el fin de regular el contrato de franquicia dentro del ámbito de los contratos de distribución.

Pese a no existir en nuestro ordenamiento una normativa que regule de forma específica el contenido del contrato de franquicia, con excepción del artículo 62 LOCM y al Real Decreto 201/2010, que se limita a regular aspectos relativos a la información precontractual y al Registro de Franquiciadores²⁸, se han llevado a cabo en los últimos años varios intentos para elaborar una regulación de los contratos de distribución que nos pueden servir como orientación en la materia.

Debido a las referencias que iremos efectuando, vamos a realizar una introducción de los mismos con el fin de ver su evolución y tener una idea de sus líneas generales, analizando su contenido en los distintos apartados del presente trabajo²⁹. Se trata de una descripción general de las propuestas, sin ánimo de profundidad. Su finalidad es ofrecer un breve resumen del estado de la cuestión en el plano normativo.

²⁸ Sobre el artículo 62 LOCM, ver, RUIZ PERIS, J.I., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica complementaria* (dir. PIÑAR MAÑAS/BELTRAN SÁNCHEZ), Civitas, 1997, pág. 491 y ss; ídem., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 44; MARTÍNEZ SANZ, F., *De la actividad comercial...*, cit., pág. 699 y ss; y ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Comentario al artículo 62 LOCM”, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (dir. BERCOVITZ)-, Tecnos, 1997, pág. 855 y ss. En extenso sobre los tratos preliminares y el Registro, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pá. 125 y ss. Más recientemente, sobre el vigente régimen jurídico, RUIZ PERIS, J.I./ MARTÍ MIRAVALLS, J., “La franquicia”, *La Regulación del comercio minorista*, Thomson-Aranzadi, 2013.

²⁹ En extenso, sobre la materia, VAZQUEZ ALBERT, D., “Marco normativo de la distribución comercial y propuestas de regulación”, en *Distribución comercial: todas las claves de la Distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 75 a 90. Igualmente resulta de interés consultar, MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Régimen jurídico de los contratos de distribución: (De la Disposición Adicional Primera de la Ley del Contrato de agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución)”, *Derecho de los Negocios*, núm. 252, 2011.

En el año 2006 se presenta la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, entre los que se incluían el contrato de compra en exclusiva, el contrato de venta en exclusiva, el contrato de distribución autorizada, el contrato de distribución selectiva, el contrato de concesión mercantil y el contrato de franquicia, con exclusión expresa del contrato de franquicia industrial. La Propuesta contenía 26 artículos distribuidos en cinco títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una final, en la que se regulaban aspectos generales relativos a todos los contratos de distribución incluidos.

El Título I con el epígrafe de “Disposiciones generales” incluía un concepto de contrato de distribución, las modalidades contractuales incluidas y excluidas de la misma y el sometimiento a la normativa de defensa de la competencia. El Título II, relativo a la “conclusión del contrato”, incluía en su contenido la exigibilidad de la forma escrita, la regulación de los deberes precontractuales y la responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares, la responsabilidad derivada de los supuestos de imposibilidad inicial y la de los supuestos de error. El Título III trataba lo relacionado con el “contenido del contrato”, incluyendo la regulación de las obligaciones de las partes, los pactos de exclusiva, la determinación de los objetivos comerciales, la posibilidad de resolución por deterioro de la marca como consecuencia de que el distribuidor aplique precios o realice actividades que ocasionen un menoscabo a dicha imagen o al prestigio comercial del proveedor, la independencia entre las partes, la prohibición de cesión del contrato sin consentimiento, la posibilidad de nombramiento de colaboradores y la actividad publicitaria. En el Título IV, por su parte, se incluían las “disposiciones especiales para algunas

modalidades contractuales”, refiriéndose el artículo 19 al contrato de franquicia.

Este artículo establecía la obligación del franquiciador de comunicar el *know-how* y la de prestación de asistencia técnica y comercial, así como la obligación del franquiciado de pagar la cuota y el canon de acceso estipulados, la de no divulgar los conocimientos secretos transmitidos y la de informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial de los que pueda tener conocimiento.

Por último, su Título V, establecía las condiciones, efectos, etc., derivados de la “extinción del contrato”, regulándose la duración del mismo y su extinción dependiendo si es de duración determinada o indefinida, otros supuestos de extinción como el concurso de acreedores, la amortización de inversiones específicas, la obligación de colaborar en la liquidación de la relación y la compensación por clientela.

En materia de incumplimiento el artículo 23 preveía que, en caso de incumplimiento total o parcial de una obligación, dar por finalizado el contrato sin necesidad de preaviso, finalizando el mismo a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de resolución y la causa de la misma. Y el artículo 24 establecía que la denuncia del contrato no podría llevarse a cabo en los casos en los que la duración del mismo fuera por tiempo indeterminado si no hubiese transcurrido un plazo razonable para la amortización de las inversiones específicas realizadas, salvo cuando nos encontremos en un supuesto de incumplimiento esencial o justa causa de terminación.

La Propuesta de 2006 no llegó a ser aprobada, y en el año 2008 se produjo un segundo intento de legislar la materia a través de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución. Se trataba de una propuesta mucho más completa y tuitiva. Con una regulación próxima –aunque más avanzada, a la prevista en la Ley del Contrato de Agencia. La Proposición incluía dentro de los contratos de distribución los mismos contratos que la Propuesta del 2006. Contenía un total de 28 artículos distribuidos también en cinco títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una final en la que se regulaban básicamente los mismos aspectos que en la Propuesta del 2006, con un contenido muy similar³⁰.

Entre las principales diferencias que nos encontramos en la Proposición del año 2008 con respecto a la Propuesta del año 2006 podemos destacar que introduce un artículo 5 que establece la nulidad de los pactos y cláusulas contrarios a los derechos imperativos reconocidos en el texto, así como la no validez de las modificaciones no realizadas por escrito. Además, establece como irrenunciables los derechos relativos a la indemnización por falta de preaviso, a la de amortización de inversiones específicas y a la compensación por clientela. Se trataba, por tanto, de una cuestión de gran calado.

Igualmente se introduce un artículo 6 que establece la competencia judicial imperativa para los juzgados del domicilio del distribuidor,

³⁰ También se incluía un artículo específico para la franquicia, en este caso el artículo 21, con el mismo contenido que el que hemos referenciado anteriormente.

siguiendo la regla prevista en el contrato de agencia³¹, y la posibilidad de resolver las controversias a través de mediación o arbitraje de Derecho.

También un artículo 12 en el que se establece la necesidad de incluir en los contratos y precontratos un contenido mínimo y esencial, así como la necesidad de pactar de forma expresa las inversiones iniciales previstas y las modificaciones posteriores, su plazo de amortización y la rentabilidad previsible.

En su artículo 25 establece la posibilidad del distribuidor, cuando el proveedor resuelva el contrato pactado por tiempo indeterminado, de interesar la resolución inmediata mediante la percepción de una indemnización, estableciendo, a su vez, el método para el cálculo de la misma. Y en el artículo 26 se establece qué se entienden como inversiones específicas y la posibilidad de reclamar la indemnización por amortización de las mismas no sólo en los contratos por tiempo indefinido sino también

³¹ Ver, recientemente, el Auto del TS de 14 de febrero de 2018, donde resuelve un conflicto negativo de competencia. Sostiene el TS que, del examen de escrito de demanda, resulta que actor fundamenta sus pretensiones en el incumplimiento del contrato de agencia suscrito entre las partes y que, en consecuencia, es el fuero que rige este contrato de agencia el que debe prevalecer en el concreto supuesto de autos. De esta forma, la disposición adicional de la LCA determina que: «La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario»; y el art. 3.1 LCA establece que: «En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa». Motivo por el cual el TS concluye que, de conformidad con lo expuesto, se ha de considerar que el Juzgado que ha de continuar con la tramitación ha de ser el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Barcelona, lugar de residencia del agente, que en este caso es el demandante.

en los supuestos de resolución anticipada de los contratos de duración determinada.

En lo que respecta a la resolución del contrato la Proposición añade al texto de 2006 la fórmula para el cálculo de la indemnización a recibir por el distribuidor en el caso de que el proveedor ejercitase la facultad resolutoria establecida. Además, amplía el concepto de incumplimiento para la excepción de indemnizar las inversiones no amortizadas, debiendo ser el mismo, además de esencial, grave y reiterado.

En nuestra opinión el texto de la Proposición del 2008 es más completo que el anterior, regulando aspectos importantes como la competencia territorial, el contenido esencial de los contratos o las obligaciones de las partes con mayor detalle.

Este texto del 2008 tampoco llegó a ser aprobado y en el año 2011 se elaboró el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, que con luces y sombras contaba con 30 artículos distribuidos en cinco títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. En este texto se incluían se incluía por primera vez, fruto del trabajo de la doctrina científica reseñada, referencias a las redes empresariales como realidad jurídica.

Los aspectos regulados por el Proyecto eran similares a los anteriores, al tratar la formación y contenido del contrato, la extinción del mismo, disposiciones especiales sobre algunas modalidades contractuales, etc. Si bien podemos encontrar algunas diferencias entre este texto y los

anteriores, y la disposición y nomenclatura de los títulos ya no es exactamente la misma.

En el Título I, bajo el epígrafe de “Disposiciones generales” establece el concepto del contrato de distribución, las modalidades contractuales incluidas y excluidas, los principios rectores y el requerimiento a las administraciones para que promuevan un código de conducta, así como el fomento de la resolución extrajudicial de conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Cabe señalar que el concepto de contrato de distribución que se incorpora en este Proyecto es más amplio que el contenido en los anteriores textos. El artículo 1 del Proyecto incluye el siguiente concepto: *«aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones».*

Como podemos apreciar amplía el contenido del objeto del contrato, e incorpora a la definición las características de continuidad en la relación e independencia de las partes. Además, amplía los contratos que se entienden celebrados bajo la denominación de contratos de distribución de los celebrados por proveedores con mayoristas o minoristas y los celebrados por mayoristas con minoristas, que eran los que indicaban los anteriores textos, a otra serie de contratos como los bilaterales simples, los

multilaterales, los corros de contratación privada, los contratos marco o las redes de distribución, entre otros.

Como novedades el Proyecto incorpora un artículo 4 dedicado a los principios rectores y un artículo 5 dedicado a los códigos de conducta y los sistemas de resolución de conflictos. Como principios rectores señala los de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato, interés mutuo y buena fe. El Título II, bajo el epígrafe de “Formación del contrato”, recoge los deberes precontractuales de información, el deber de confidencialidad, la forma escrita del contrato y sus modificaciones y el sometimiento a la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, cuando las mismas se incluyan en el contrato. En el Título III, bajo el epígrafe de “Contenido del contrato”, incluye los deberes de información durante el contrato, la determinación de objetivos comerciales, la obligación de compra mínima, los pactos de exclusiva territorial, la prohibición de cesión del contrato sin consentimiento y la posibilidad de subcontratación, aspectos estos también tratados por los textos anteriores.

Como aspectos novedosos incluye un artículo relativo a la reserva de las ventas directas por parte del proveedor y la obligación del proveedor de permitir al distribuidor el acceso a las ventas por internet, un artículo relativo al régimen de garantías frente a los distribuidores en relación con posibles reclamaciones de los consumidores, y un precepto que regula los descuentos, bonificaciones, rappels y aportaciones por servicios.

En el Título IV regula la “duración y extinción del contrato”, así como las indemnizaciones derivadas de la extinción y la obligación de cooperación en

la liquidación de operaciones. Como novedad el Proyecto incluye la obligación de las partes de fijar un plazo para la subsanación de los posibles incumplimientos que, en defecto de pacto, establece en 30 días.

Por último, en su Título V se recogen las “Disposiciones sobre algunas modalidades contractuales”, incluyendo, como ya hicieran los anteriores textos, un artículo dedicado a la franquicia, donde se establece únicamente la obligación de comunicación de la actividad al Registro de Franquiciadores y la obligación de entrega por el franquiciador al futuro franquiciado de la información relativa a la franquicia con la antelación debida. Es decir, nada nuevo ni relevante a estos efectos.

La principal novedad de este Proyecto con respecto a los anteriores textos, en el supuesto de la resolución del contrato, consiste en que, al establecer la necesidad de conceder un plazo para subsanar posibles incumplimientos, queda supeditada la posible resolución al transcurso del mismo sin que el infractor lo haya subsanado. En nuestra opinión este es el mayor acierto del texto, en comparación con el contenido de los anteriores. Ello porque la inclusión del sistema de segunda oportunidad, típico del sistema francés, supone importar un mecanismo que trata de reducir la litigiosidad en un sector como es el de la distribución en el que la reputación de la red es clave para su éxito. Con todo, al igual que sus antecesores, este Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 tampoco llegó a ver la luz.

El último texto al que vamos a hacer referencia es la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión

General de Codificación en el año 2013. En este caso no nos encontramos ante un texto específico destinado a regular los contratos de distribución, sino a la regulación de los mismos dentro del contenido del Código Mercantil. El texto, que ha sido objeto de numerosísimas críticas por una buena parte de la doctrina –principalmente civilista-, sin duda ha reabierto el debate³².

La regulación de los contratos de distribución se incardinó dentro del Libro Quinto del Código, que recogía los contratos mercantiles en particular, concretamente en el Título IV, que regulaba los contratos de colaboración. El Capítulo III de dicho Título contaba con 24 artículos distribuidos en cinco secciones, en las que se regulan los aspectos vistos hasta ahora en los textos anteriores, de una forma muy similar a la recogida en la Propuesta de

³² Ver, ALONSO LEDESMA: Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos, RDM, 295, 2015, pp. 13 y ss; BERCOVITZ: La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación, RDM, 289, 2013, pp. 35 y ss; EMBID: ¿Por qué necesitamos el Código Mercantil?, Escritura Pública, 87, 2014, pp. 38 y ss; GARCÍA RUBIO: La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos, BIMJ, 2178, Mayo, 2015, pp. 5 y ss; ídem, Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil, Revista de Derecho Civil, 1, 2014, pp. 7 y ss; ídem, Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado, Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos, Santiago de Compostela, 2013; GARCÍA-CRUCES: Unidad de mercado y doctrina iusprivatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil) Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX. Núm. 2181, septiembre 2015; GETE-ALONSO CALERA: Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica, Revista de Derecho Civil, 4, 2014, pp. 27 y ss; GONDRA: La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil, RDM, 290, 2013, pp. 27 y ss; OLIVENCIA: El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil, RDM, 290, 2013, pp. 11 y ss; PEINADO GRACIA Y RONCERO SÁNCHEZ: La unidad de mercado, el Código de Derecho mercantil (q.e.p.d.) y otras melancolías, La Ley mercantil, 11, Sección Editorial, Febrero 2015; ROJO: El Derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado, RDM, 291, 2014, ídem, El Código Mercantil, RDM, 286, 2012, pp. 15 y ss; SALAS CARCELLER: El nuevo Código Mercantil, Revista Aranzadi Doctrinal, 1, 2014, pp. 11 y ss; TENA ARREGUI: Un código nuevo en odres viejos, RDM, 290, 2013, pp. 69 y ss.

Anteproyecto de Ley del año 2006, volviendo a la misma nomenclatura de los distintos títulos o secciones y coincidiendo prácticamente en la totalidad del contenido, por lo que no podemos indicar ninguna novedad a lo ya expuesto, salvo que en la versión definitiva del Código Mercantil, sorprendentemente y de manera inaceptable desde la perspectiva de la coherencia del propio texto, desaparece la propuesta de regulación de los Contratos de Distribución.

En conclusión, el contrato de franquicia, como modalidad de contrato de distribución, ha sido objeto de varios intentos pre-legislativos de regulación: 2006, 2008, 2011 y 2014. Si bien una regulación sobre los contratos de distribución contribuiría a dotar de mayor seguridad jurídica a unos de los sectores “motor” de la economía española, las soluciones propuestas por los textos pre-legislativos no modifican sustancialmente los aspectos más relevantes. En última instancia se limitan a recoger planteamientos consolidados por la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en sede extintiva.

Estimándose conveniente, por tanto, una regulación sobre los contratos de distribución, ello no es óbice para considerar que en relación con el contrato de franquicia la regulación propuesta por estos textos resulta insuficiente.

En efecto, en todos ellos la referencia a la franquicia se limita al concepto y a la previsión de un deber de información precontractual, cuando la problemática propia del contrato de franquicia, por la mayor complejidad de su objeto, supera significativamente la de la mayoría de contratos de distribución. En particular, una adecuada regulación sobre la problemática específica en materia de transmisión de signos distintivos, de know-how y de las obligaciones de formación y asistencia, se estima conveniente, tal y como se podrá comprobar a lo largo del presente trabajo.

IV. CONCEPTO DE CONTRATO DE FRANQUICIA.

Realizada esta introducción en la que hemos situado el contrato de franquicia en el ámbito de los contratos de distribución integrada plena, y hemos realizado un acercamiento a las intenciones legislativas que incluyen el contrato de franquicia entre los contratos de distribución, procede desarrollar un análisis más concreto y pormenorizado del contrato de franquicia con el fin de ir incidiendo en el contenido objeto del presente trabajo.

Si bien el contrato de franquicia es un contrato atípico, el concepto de franquicia viene claramente definido por la legislación que lo nombra, por la jurisprudencia y por la doctrina. El artículo 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, establece que *«la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios»*³³.

³³ Si bien el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no es el primer texto legal español donde se recoge la mención al contrato de franquicia, sí que podemos señalar que es el primer texto donde se introduce una definición del mismo. Con anterioridad se habían incluido referencias al contrato de franquicia en el artículo 1.1^ºb) del Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberalizaba la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas y en el artículo 1.1^ºe) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. Sobre todo, ello, en extenso, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 85 y ss.; ídem. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, 1991.

El concepto establecido por el artículo 62 de la Ley de ordenación del comercio minorista fue ampliado por el artículo 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrollaba el artículo 62 de la Ley 7/1996. En este Real Decreto se ampliaba el concepto de franquicia, incluyendo la contraprestación económica por parte del franquiciado al franquiciador, introduciéndose unos elementos mínimos para poder entender cuándo nos encontramos ante un contrato de franquicia. Dichos elementos mínimos son el uso de una denominación o rótulo común, una presentación uniforme de los locales o medios de transporte, la comunicación por parte del franquiciador de un saber hacer y la prestación por parte de éste de asistencia técnica o comercial³⁴.

La definición que nos otorgaba el Real Decreto 2485/1998 introducía en el ordenamiento español el artículo 1.3.b) del Reglamento (CEE) nº 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.

³⁴ El artículo 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y a la creación del registro de franquiciadores, establece lo siguiente: «A los efectos del presente reglamento se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «saber hacer», y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo». en extenso, RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares..., cit., pág. 156 y ss.

Con posterioridad el artículo 2 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, y que deroga el anterior Real Decreto 2485/1998, continúa aportando matices al concepto de franquicia al ampliar el mismo.

Este artículo incluye la necesidad de que el franquiciador venga desarrollando con suficiente experiencia y éxito el negocio que franquicia e incluye en los elementos mínimos que antes hemos expuesto los derechos de propiedad intelectual o industrial, la necesidad de que los conocimientos transmitidos por el franquiciador sean propios, sustanciales y singulares, que la asistencia técnica o comercial se preste de forma continua y el derecho de supervisión del franquiciador sobre la red³⁵.

El último texto normativo que hace referencia al contrato de franquicia es la Propuesta de Código Mercantil del año 2013 elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que establece en su artículo 543-2 letra f) una definición del contrato de franquicia,

³⁵ El artículo 2 del Real Decreto 201/2010 establece como actividad comercial en régimen de franquicia *«aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato. b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y c) La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente»*.

incluyéndolo dentro de los contratos de distribución y «*por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas*».

Entendemos que esta definición, exactamente igual a la que recogía el artículo 2.6 de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Contratos de Distribución del 2006, y un poco más amplia que la recogida en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, da un paso atrás en el concepto de contrato de franquicia que se había alcanzado con el Real Decreto 201/2010, limitándose a establecer un concepto muy general y amplio.

Como puede observarse, y como ha sido apuntado por la doctrina más atenta, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos definiciones legales de franquicia, establecidas en el artículo 62.1 LOCM y en el artículo 2.1 del Real Decreto 201/2010. Ambas han sido, por razones distintas, controvertidas y objeto de crítica, si bien, pese su diferente terminología y amplitud expresiva, las dos definiciones, lejos de ser antagónicas, se muestran complementarias³⁶.

³⁶ Siendo el artículo 62.1 LOCM el elemento normativo esquemático cuya interpretación viene propiciada por el artículo 2 RD 201/2010. En efecto, el artículo 62 LOCM define el contrato de forma completamente lacónica. Así, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *AdD*, núm. 18, 2000, pág. 95. Si bien, una parte importante de la doctrina ha justificado el concepto amplio ofrecido por el artículo 62 LOCM como

El artículo 62.1 LOCM define la actividad comercial en régimen de franquicia como aquélla que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios. Desde un primer momento la doctrina puso de manifiesto como esta “amplia e inespecífica” noción legal de la actividad comercial en régimen de franquicia hubiera podido causar graves problemas, tanto desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, como desde la aplicación de las normas relativas a los tratos previos a una serie de contratos que nada tenían que ver con el de franquicia como, por ejemplo, los de concesión o distribución selectiva³⁷.

Fruto de esa necesidad de concreción, el artículo 2.1 del Real Decreto 2485/1998 completó la definición con la intención de perfilar los rasgos

medio para eludir prácticamente todos los grandes temas que suscita la configuración del tipo franquicia, lo que puede tener sentido si se tiene en cuenta la óptica desde la que la LOCM aborda el contrato. Esta no es otra que la de suministrar una norma de tutela a los potenciales franquiciados, especialmente cuando se trata de contratantes profanos. Desde esta perspectiva pudiera parecer acertado una noción amplia del contrato, que englobe el mayor número posible de contratos, a saber: todos aquellos en los que lo ofrecido poner el franquiciador sea un sistema propio de comercialización -MARTÍNEZ SANZ, F., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, *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 2485/1998, de 13 de noviembre, complementaria de la ordenación del Comercio Minorista* (dir. ALONSO ESPINOSA), McGraw Hill, 1999, pág. 703-.

³⁷ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 44; ídem., *De la actividad comercial...*, cit., pág. 495 y 496. Pese a ello, se ha tratado de justificar el carácter amplio de la definición argumentando que esta circunstancia, y la justificación teleológica de las disposiciones contenidas en el resto del precepto, permiten apuntar cómo, en realidad, a través de esta caracterización legal el legislador no ha pretendido delimitar un concepto de qué debe entenderse por franquicia sino que, simplemente, ha procurado establecer una definición de la actividad comercial en régimen de franquicia de carácter instrumental, en atención a la finalidad tuitiva última que subyace a esta concreta aproximación legal a la figura -MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 130-.

que caracterizan el contrato. Propósito éste que también inspiró la reforma operada por el Real Decreto 419/2006³⁸. Ambos Reales Decretos fueron sido derogados por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. La finalidad del RD 201/2010 ha sido adaptar la normativa reglamentaria a la nueva redacción del artículo 62 LOCM tras la reforma de la Ley 1/2010 -de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista-, sin introducir ningún cambio significativo.

En efecto, el Real Decreto 201/2010 presenta como novedad la modificación de la obligación de inscripción en el Registro de los franquiciadores. Se sustituye un sistema de control a priori, propio del Real Decreto 2485/1998, que requería de la inscripción previa al inicio de la actividad franquiciadora, por un sistema de control a posteriori (artículo

³⁸ El artículo 2.3 del Real Decreto 2485/1998 estableció que: “no tendrá necesariamente la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta. Tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas: a) La concesión de una licencia de fabricación; b) La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona; c) La transferencia de tecnología; d) La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial”. Como en su momento apuntaron RUIZ PERIS, J.I./MARTÍ MIRAVALLS, J., *La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida*, RDM, núm. 262, 2006, pág. 1360, el críptico término “necesariamente” parece indicar que en los casos en que, junto al pacto de exclusiva, la licencia de fabricación, la licencia de marca, la autorización de uso de signos distintivos o la transferencia de tecnología, exista una verdadera comunicación de un modelo de empresa, sí podrá hablarse de franquicia, en modo coherente con el carácter complejo del contrato, que incluye necesariamente y con carácter esencial estipulaciones relativas al uso de signos distintivos y una tecnología –en sentido amplio, incluyendo todo tipo de técnica, incluso la mercadotecnia- comunes y con carácter accesorio -ni siquiera natural- el pacto de exclusiva.

5.3 Real Decreto 201/2010). Este cambio viene derivado de la Directiva 2006/123/CE, la cual, como recoge la Exposición de Motivos del Real Decreto 201/2010, se ha tenido en cuenta a efectos de «racionalizar, simplificar y omitir barreras innecesarias en el acceso y prestación de los servicios, coadyuvando a mejorar la regulación del registro existente hasta el momento». Ahora bien, sobre la reforma legal producida pesa por segunda vez la carga de la «oportunidad perdida». La reforma ha limitado su operatividad al ámbito registral, a la noción de franquicia y la distinción de figuras afines, cuando la jurisprudencia demuestra que son precisamente las cuestiones relativas al deber de información las que mayor grado de conflictividad y litigiosidad presentan en la práctica. La ausencia de un régimen específico moderno para los particulares problemas que genera el deber de información precontractual en el ámbito de las redes de franquicias ha llevado a la doctrina a afirmar que, por segunda vez, se trata de una nueva «oportunidad perdida» para mejorar el régimen jurídico previsto en nuestro ordenamiento³⁹.

³⁹ En extenso, RUIZ PERIS, J.I./ MARTÍ MIRAVALLS, J., “La franquicia”, *La Regulación del comercio minorista*, Thomson-Aranzadi, 2013. Como la doctrina puso de manifiesto con la reforma del Real Decreto 2485/1998 por el Real Decreto 419/2006, las reformas de la normativa española en esta materia no han afectado al deber de información precontractual del franquiciador (cuya redacción sigue en los términos originales del Real Decreto 2485/1998, sin tomar en consideración la gran cantidad de soluciones presentes en la Ley Modelo UNIDROIT de 2002 como han realizado, entre otros, Italia, Bélgica o los EE.UU.). A nuestro juicio, como sostuvieron RUIZ PERIS, J.I. / MARTÍ MIRAVALLS, J., *La reforma del régimen de transparencia...*, ob. cit., se debería haber reformado el contenido del deber de información precontractual, incorporando aspectos relevantes como posibles declaraciones de concurso del franquiciador –al igual que en el sistema estadounidense– o estableciendo un específico deber de información para el franquiciador que nunca ha operado en España –como ocurre en Italia–; se deberían haber establecido supuestos de exención del deber de información precontractual (como en el sistema estadounidense y como propone UNIDROIT; se deberían haberse incluido igualmente las previsiones establecidas por la Ley Modelo en materia de actualización de la información obrante en el documento de información precontractual; y sobre todo se debería haber recogido

En consecuencia, el contrato de franquicia es aquél por el cual el franquiciador concede al franquiciado el derecho de explotación de un modelo de empresa, puesto que si la unidad de signos, imagen y explotación es lo que define la franquicia parece que, con estos términos, el RD 201/2010 se refiere al derecho a explotar una franquicia de acuerdo con el modelo de empresa diseñado o utilizado por el franquiciador en el seno de una red⁴⁰. Si bien, hay que tener presente que aun cuando el contrato de franquicia es un contrato de naturaleza única, que tiene como causa única la transmisión del derecho a usar temporalmente un modelo de empresa (lo que le concede autonomía conceptual respecto del resto de contratos de distribución integrada, y en especial del contrato de concesión, ver, apartados 3 y 4 del artículo 2 del RD 201/2010 y, entre otras, las clásicas sentencias del TS de 15 de mayo de 1985, 23 de octubre de 1989 y la más reciente de 29 de marzo de 2009), pueden observarse importantes diferencias entre contratos de esta misma naturaleza atendiendo a la actividad económica desarrollada a través de los mismos.

Los conceptos de franquicia y contrato de franquicia vistos hasta el momento son, en síntesis, los que recoge también la jurisprudencia. En este sentido el concepto jurisprudencial varía, como no podía ser de otro modo,

expresamente la anulabilidad del contrato en caso de incumplimiento del deber de información precontractual por parte del franquiciador, como propone UNIDROIT e incorpora, entre otros, el ordenamiento belga.

⁴⁰ Como en su momento apuntó RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 66 y ss; y más recientemente, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Las redes de franquicia...*, cit., pág. 135 y 136.

a lo largo del tiempo y se va completando con las definiciones aportadas por la normativa⁴¹.

Así, la Sentencia nº 164/1997, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 4 de marzo, anterior a la normativa vista *supra* se limita a indicar que la característica fundamental de la franquicia consiste en que el titular de la marca, rótulo, etc., le otorga al franquiciado el derecho a utilizarlo por un tiempo y en una zona delimitada bajo condiciones de control y contra la entrega de una prestación económica, mientras que la Sentencia nº 6410/2005, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 21 de octubre, introduce ya la normativa que hemos indicado anteriormente y recoge el concepto de franquicia del Reglamento 4087/1998. Podríamos decir que estas dos sentencias del Tribunal Supremo, y la Sentencia nº 145/2009, de 9 de marzo, que se limita a reproducir la 6410/2005, son las que sirven de referente y son nombradas por la casi totalidad de sentencias que resuelven controversias producidas por relaciones contractuales de franquicia, tanto del propio Tribunal Supremo como de las distintas Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia⁴².

⁴¹ En extenso, RIUZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 56 y ss.

⁴² A los efectos se pueden leer, entre otras, la Sentencia nº 155/2010, de 30 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, la nº 836/2008, de 27 de noviembre, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, la nº 228/2011, de 16 de mayo, de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, la nº 73/2017, de 23 de febrero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona o la nº 76/2012, de 11 de septiembre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón. En esa línea desarrolla su Fundamento de Derecho Segundo la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, que actualiza los conceptos vistos a las definiciones incluidas en el Real Decreto 201/2010, con apoyo de las sentencias del Tribunal Supremo apuntadas.

Desde el ámbito doctrinal se desarrolla un concepto de franquicia que, recogiendo las definiciones ofrecidas por el legislador, amplían éstas incorporando nuevos elementos definitorios y conjugando los caracteres típicos de dicha relación contractual.

A nuestro parecer la definición más apegada a la realidad práctica es la ofrecida por RUIZ PERIS⁴³, que define la franquicia como «un método para expandir los negocios sin arriesgar capitales propios, autorizando a terceros a fabricar y/o vender los productos fabricados por el franquiciador, o seleccionados por éste, o para prestar idénticos servicios a los prestados por aquél, siguiendo un sistema de organización interna e introducción en el mercado propio del franquiciador, y usando al mismo tiempo los signos distintivos de los que éste es titular».

Completando lo anterior, en la obra más relevante sobre la materia, el autor define el contrato como «aquel contrato atípico, consensual, bilateral, sinalagmático, obligatorio, oneroso, generalmente adhesivo, de tracto sucesivo, «intuitu personae», complejo y mercantil, por el cual una parte (franquiciador) concede a otra (franquiciado) el derecho a utilizar temporalmente el modelo de empresa creado por la primera a cambio de una contraprestación directa o indirecta, reservándose el derecho de controlar la ejecución del contrato por parte del franquiciado con la finalidad de garantizar un funcionamiento uniforme de la red y una calidad constante de los productos y/o de la prestación de servicios»⁴⁴.

⁴³ RUIZ PERIS, J.I., *Código de la Franquicia*, Cisspraxis, 2001, pág. 19.

⁴⁴ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 83-84.

En esta definición se incluyen, además de los caracteres del contrato de franquicia que trataremos con más detenimiento en el siguiente apartado, casi todos los elementos definitorios del contrato de franquicia vistos hasta el momento: autorización de uso del modelo de empresa, contraprestación económica y derecho de supervisión.

Por su parte, MAYORGA TOLEDANO⁴⁵, apoyándose en el Reglamento (CE) nº 2790/1999, pone el énfasis en señalar que el contrato de franquicia es un contrato de distribución, delimitando esta característica como uno de los elementos esenciales del mismo. El concepto de franquicia en este caso gira en torno a ese elemento, señalando que lo que cede el franquiciador al franquiciado es el uso de su modelo de empresa para conformar una red de distribución. No se cedería, en opinión de esta línea doctrinal, el derecho sobre los elementos de propiedad industrial o intelectual (marcas, rótulos, etc.,) o al menos no se cedería de una forma directa, sino que se cede una unidad patrimonial organizada que se compone de dichos derechos y de un método de comercialización. A cambio de dicha cesión el franquiciado procede al pago de una contraprestación económica. En este caso el modelo de empresa se presenta como el objeto del contrato de franquicia y no como fin último del mismo, tal y como habíamos visto antes.

V. CARACTERES.

⁴⁵ MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia...*, cit., págs.5-7.

El contrato de franquicia es un «contrato atípico, consensual, bilateral, sinalagmático, obligatorio, oneroso, generalmente adhesivo, de tracto sucesivo, «intuitu personae», complejo y mercantil»⁴⁶. En esta definición se aprecian, sino todos, la mayoría de los elementos característicos del contrato de franquicia, de los que pasamos a delimitar de forma somera los que entendemos más relevantes con el fin de poder tener mayores elementos de juicio para analizar la parte central del presente trabajo, y poder abordar con mayor claridad la problemática de la resolución de los contratos de franquicia.

1. ATÍPICO.

Como ha señalado la doctrina, la calificación de un contrato como atípico supone adentrarse en la problemática de la aplicación normativa y, más concretamente, en la de aquellos contratos para los que el ordenamiento jurídico no ha previsto un régimen jurídico específico⁴⁷. Son atípicos los contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa⁴⁸.

⁴⁶ Ver nota 24, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 83-84.

⁴⁷ Ver, GETE-ALONSO, M.C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, 1979; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 487 y ss; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1997, pág. 205; GARCÍA VILLAVARDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, 1990, pág. 3 y ss; JORDANO BAREA, J., "Los contratos atípicos", *RLJ*, 1953, pág. 51 y ss; SANTOS BRIZ, J., "Contratos fácticos y atípicos: El contrato como objeto de otro contrato", *AAMN*, T., 20, 1976, pág. 299 y ss.

⁴⁸ Mientras que son típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa. Por tanto, los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos, en la medida en que atienden al contenido que, en cada momento, posee el contrato en el ordenamiento jurídico. Ver, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 487.

El contrato de franquicia es, en este sentido, un contrato legalmente atípico⁴⁹, carente de régimen jurídico material, entendido como conjunto completo y cerrado de normas⁵⁰.

Aunque el *nomen iuris* aparece recogido en algunos textos positivos en materia de tratos preliminares e, indirectamente, en la regulación de la Defensa de la competencia, no se configura una regulación específica del

⁴⁹ Como ha señalado la doctrina, la elección de regular o no un contrato en la actualidad, obedece en última instancia a varios factores. El primero de ellos la litigiosidad que genere el contrato atípico; el segundo, el nivel de claridad y perfección técnica de las decisiones judiciales dictadas por los jueces y tribunales; en tercer lugar, la tradición jurídico-cultural propia de cada sociedad organizada en forma de Estado; y, en cuarto lugar, el riesgo apreciado, por quienes habitualmente lo utilizan, de mantener una situación de ausencia de regulación. Junto a ello hay que tomar en cuenta también la opción ideológica predominante entre quienes tienen mayoría en órganos legislativos. Todos estos factores actúan conjuntamente. Sobre todas estas cuestiones, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares... preliminares...*, cit., pág. 125 a 127, quien concluye, además, que la regulación no es siempre el mejor mecanismo de solución de los problemas planteados. De una parte, porque puede ser equivocada y agudizar los problemas que trata de resolver, de otra porque puede generar nuevos problemas no planteados en casos de ausencia de regulación. Para determinar si debe dotarse de regulación a un contrato y la índole de su contenido es necesario analizar seriamente los problemas y sus posibles soluciones, buscando éstas no sólo en la experiencia de aquellos que con anterioridad han regulado el contrato, sino también en el sentido común y el conocimiento de las soluciones que el propio ordenamiento contiene.

⁵⁰ Ahora bien, la atipicidad no presenta en todos los supuestos un mismo grado. Ello ha llevado a doctrina y jurisprudencia a establecer una clasificación de los contratos atípicos que distingue entre contratos atípicos puros o en sentido estricto y contratos atípicos mixtos –ver, por todos, JORDANO BAREA, J., *Los contratos atípicos...*, cit., pág. 82; y la sentencia del TS de 2 de abril de 1964-. Con base en la misma se entiende que los primeros son aquellos contratos que tienen un contenido absolutamente nuevo y del todo extraño a los tipos legales existentes, así como aquéllos que están constituidos por una mezcla de elementos legales y extralegales. Son contratos con contenido homogéneo fundados en una causa atípica simple. Por su parte, los contratos atípicos mixtos son los formados por materiales suministrados por la ley, por lo que se componen por elementos conocidos y correspondientes a distintos contratos nominados, aunque dispuestos en combinaciones distintas a las que se observan en tales contratos. Son contratos con contenido heterogéneo, fundados en una causa atípica compleja o mixta, pues las diversas prestaciones que la integran, coordinadas entre sí, constituyen un todo atípico, resultante de partes típicas o atípicas conocidas, dotadas de tipicidad social.

modo en que las partes quedan contractualmente vinculadas, los derechos y obligaciones derivados del contrato y las causas y consecuencias de su extinción⁵¹.

El contrato de franquicia posee, por tanto, una regulación fragmentaria y dispersa pero sin eficacia tipificadora jurídico positiva en sentido estricto⁵². Si bien, la atipicidad no es absoluta⁵³, dado que la atipicidad legal no excluye

⁵¹ La normativa de tratos preliminares se limita a regular, por una parte, el deber de registro del franquiciador y/o master –cuando actúa como franquiciador-; y, por otra, el deber que pesa sobre el franquiciador y/o master de informar al potencial franquiciado durante la etapa precontractual, con el objetivo de que éste pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red franquiciada, pero ni si quiera establece, como veremos, el deber de información precontractual del franquiciador con respecto al master. La normativa *antitrust*, por su parte, realiza únicamente una regulación externa del contrato en atención a los efectos anticompetitivos que pueda tener en el mercado, en tutela del mantenimiento de una “*workable competition*” -o competencia efectiva- en el mismo –RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares.....*, cit., pág. 85 y 86.

⁵² Parece pronunciarse en contra de este razonamiento, pero en relación con el contrato de franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 106, cuando afirma que, en virtud del régimen *antritrust*, se produce la tipicidad del negocio, no ya social, sino también jurídica. Sin embargo parece mantener una posición ambigua en las páginas 204 y 207.

⁵³ En opinión del profesor MARTÍNEZ SANZ, F., *De la actividad comercial...*, cit., pág. 707, a la luz de los preceptos que actualmente ocupan de la materia, no parece que pueda seguir afirmándose, sin más, que nos hallamos ante un contrato atípico o, ni tan siquiera, ante un simple contrato nominado. Igualmente incorrecto sería decir que las normas concurrenciales o las de tratos preliminares tipifican el contrato. Probablemente, dice, lo más correcto sea entender que, en la actualidad, el contrato goza de “tipicidad de configuración”, aunque no disponga de una regulación sustantiva completa y propia en el ordenamiento jurídico –siguiendo la expresión de GETE-ALONSO, M.C., *Estructura y función...*, cit. pág. 27-.

la tipicidad social del contrato⁵⁴, de modo que aun siendo legalmente atípico éste goza de tipicidad social⁵⁵.

En efecto, el contrato de franquicia se ha venido considerando, tanto por la doctrina⁵⁶ como por la jurisprudencia⁵⁷, como un contrato atípico al no venir regulado su contenido en ninguna norma. Si bien es cierto que existe regulación sobre algunos aspectos como los tratos preliminares, no se ha regulado de forma específica el contenido del mismo. No tenemos normas que hagan referencia a las obligaciones y derechos de las partes, a las

⁵⁴ Sobre las diferencias entre tipicidad legislativa y tipicidad social, ver, JORDANO BAREA, J., *Los contratos atípicos...*, cit., pág. 62 y ss; CASTRO LUCINI, F., *Los negocios jurídicos atípicos...cit.*, pág. 17; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 489.

⁵⁵ Aunque el contrato carece de una disciplina normativa consagrada por el ordenamiento jurídico, la frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social le ha proporcionado un *nomen iuris* por el que es conocido en el tráfico e, incluso, en el ordenamiento jurídico positivo. La reiteración de la celebración de contratos de master franquicia, con cláusulas constantes y similares –al menos en su contenido esencial- en todos ellos, produce un fenómeno de estandarización o tipificación social del contrato. Sobre la estandarización de los contratos legalmente atípicos, ver, por todos, BRECCIA, U., “Le nozioni di tipico e atipico. Spunti critici e ricostruttivi” *Tipicità e atipicità nei contratti* (dir. BUSNELLI), Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 53, Guiffirè, 1983, pág. 3 y ss; y GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, 1983, pág. 16.

⁵⁶ En este sentido podemos señalar las obras de RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 85, o la de MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 9. También defiende la atipicidad del contrato MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs. 135-143, que aunque referido al contrato de master franquicia entendemos que su opinión es directamente trasladable al contrato de franquicia. Este autor expone que aunque el contrato sea legamente atípico, dispone de tipicidad social. También menciona la tipicidad social del contrato de franquicia MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 128, quien señala que «pese a su incuestionable tipicidad social, el contrato de franquicia de empresa se mantiene en la esfera de la atipicidad legal ya que no goza, en nuestro ordenamiento jurídico, de una regulación material sustantiva.»

⁵⁷ Cabe señalar al respecto la Sentencia nº145/2009, de 9 de marzo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reproducida por otras, que señala que «la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal».

causas y consecuencias de la resolución, etc⁵⁸. Por tanto, pese a que existe cierta regulación en materias relativas al sistema de franquicia como pueden ser los tratos preliminares o la defensa de la competencia, no existe una regulación del contenido obligacional del contrato, ni de la extinción del mismo y sus consecuencias, por lo que se debe de calificar el contrato de franquicia como atípico.

2. SINALAGMÁTICO.

El contrato de franquicia es un sinalagmático, en tanto las obligaciones de cada una de las partes del contrato son correlativas entre sí, es decir, la causa de la prestación del franquiciador es la contraprestación del franquiciado y viceversa –sinalagmacidad genética y funcional⁵⁹-. El contrato de franquicia no se agota en la idea de puro intercambio⁶⁰.

⁵⁸ No obstante, ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, 1995, pág. 106, defiende la tipicidad del contrato de franquicia como consecuencia de la eficacia directa de la normativa europea, considerando dicha normativa como norma interna.

⁵⁹ Cuando se habla de unilateralidad o bilateralidad con referencia a los contratos no se alude al número de partes, sino al número de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de estas obligaciones. Los contratos se llaman bilaterales, o también sinalagmáticos, cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Por el contrario, son unilaterales aquellos que crean obligaciones a cargo de una sola de las partes –sobre la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, con atención a la caracterización de éstos como sinalagmáticos, ver, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 167 -.

⁶⁰ Aunque participa de los caracteres propios de los contratos de intercambio, en la medida en que mediante la celebración de sucesivas compraventas se facilita el intercambio y la circulación de los bienes, en este contrato, como en otros, como el de franquicia y/o concesión, el puro intercambio posee carácter meramente instrumental que matiza unos intereses que en un primer momento pudieran parecer contrapuestos. Por tanto, la consecución de un interés común supera la composición de intereses característica de los contratos de cambio. Ver, en relación con el contrato de concesión mercantil, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 115. En relación con los contratos de red en general la doctrina ha apuntado que “...es preciso reconocer que el

Como ha señalado la doctrina⁶¹, de la configuración estructural del contrato se evidencia claramente una nota de colaboración estable y la concurrencia de un interés compartido⁶², cimentada sobre un interés común fruto de la imbricación de intereses particulares, pero sin trascendencia causal asociativa o consorcial⁶³. El contrato de franquicia, en este sentido, no puede ser visto como un contrato plurilateral de tipo

cabeza de red se encuentra en una posición distinta que el mero contratante de un contrato bilateral de cambio y en particular en una posición de poder respecto a los miembros de la red” –RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena...*, cit., pág. 19-.

⁶¹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia...*, cit., pág. 154.

⁶² RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena...*, cit., pág. 102. La colaboración estable supone la superación del esquema de cambio que ha regido la comercialidad de los siglos precedentes, en la medida en que ha permitido una transacción entre los intereses particulares de los sujetos tradicionales mediante un reparto de las funciones comerciales y una división de las cargas económico-financieras de la operación. La creación de canales de distribución provoca una interdependencia entre los contratantes que no acaba con la realización de las operaciones singulares, como en la simple compraventa, y supera igualmente al suministro no sólo por su mayor interdependencia económica, sino por la creación de deberes de asistencia anteriores y posteriores a la mera transmisión del producto -ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 121-

⁶³ Con ello asumimos el planteamiento que en relación con el contrato de concesión mercantil formula de forma muy ilustrativa y sugestiva MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 115 a 117. En el mismo sentido, tanto en relación con el contrato de franquicia como respecto a los contratos de red en general, ver, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena...*, cit., pág. 18; idem., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 87 y 88. No obstante, aunque compartiendo este criterio, el mismo ha sido matizado por RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 109, quien apunta que “el aspecto de colaboración generalmente presente en el contrato de licencia permite superar la estructura del contrato de cambio en algunos aspectos, es decir, la estricta sinalagmaticidad de las prestaciones de las partes, fundamentando así la aparición de deberes de ayuda y coordinación, pero, sin embargo, no es suficiente para proceder a la subsunción de esta figura en los contratos asociativos dado que, al menos en el contrato de licencia-tipo, ni se crea una organización que canalice dicha colaboración ni, sobre todo, es posible reconocer la existencia de un fin común a cuya promoción se comprometan las partes. No obstante, ello no impide que, en atención a las circunstancias del caso concreto, no puedan resultar aplicables analógicamente determinadas normas previstas para el contrato de sociedad junto a las propias de los contratos recíprocos”.

asociativo ni como un contrato de sociedad sino como un contrato bilateral de red fundado en relaciones de confianza⁶⁴.

En efecto, el contrato de franquicia es un contrato sinalagmático al producir obligaciones para ambas partes, franquiciador y franquiciado. El franquiciador asume obligaciones como la de prestar asistencia técnica, mantener al franquiciado en el uso pacífico de la marca, ofrecerle formación continua, etc., mientras que el franquiciado, como contraprestación, asume también una serie de obligaciones como pueden ser la del pago de cánones, la ejecución correcta del saber hacer, etc.

Cada deber de prestación de las obligaciones principales constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga a realizar su propia prestación, de modo que, como veremos más adelante, la inexistencia o desaparición de alguno de los deberes de prestación de una de las partes puede llevar aparejado la falta de sentido en la realización de la prestación por la otra parte, pudiendo llegar a producirse la reclamación de la resolución del contrato por incumplimiento⁶⁵.

⁶⁴ La confianza como criterio de fundación de las redes contractuales ha sido puesto de manifiesto por la doctrina. En ese sentido se ha afirmado que uno de los factores que identifican las redes contractuales es “el carácter de contratos de larga duración, *intuitus personae* y de colaboración de los contratos bilaterales que sirven de soporte jurídico a la creación de redes (contratos de red) fundados en relaciones de confianza”, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena...*, cit., pág. 19.

⁶⁵ Sobre este extremo y de forma más amplia podemos acudir a la obra de DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo I, Tecnos, 2013, págs. 146-147, al tratar las obligaciones recíprocas en el Código Civil y diferenciar entre sinalagma genético y sinalagma funcional.

LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, 1998, pág. 229. Señala que «las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: «genético», en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra,

La sinalagmaticidad del contrato de franquicia supone que las obligaciones de cada una de las partes son correlativas entre sí, siendo la causa de la prestación del franquiciador la contraprestación del franquiciado y viceversa⁶⁶. Si bien, la importancia para entender que las prestaciones recíprocas sean equivalentes y, por lo tanto, sinalagmáticas, dependerán de un criterio subjetivo, bastando que cada parte vea en la prestación de la otra una compensación suficiente a su propia prestación⁶⁷.

3. BILATERAL.

El contrato de franquicia es un contrato bilateral, celebrado entre dos partes, franquiciador y franquiciado. Pese a que el franquiciador, con el fin de formar una red de establecimientos, celebra contratos con más de un franquiciado, el contrato no deja de ser bilateral, obligando cada uno de los contratos a los otorgantes del mismo y pudiendo variar el contenido de cada uno de los contratos. Ello sin perjuicio de la importancia que en la interpretación de los contratos pueda llegar a tener el concepto de permanencia en una red empresarial.

y «funcional», con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual».

⁶⁶ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág., 153, que, si bien haciendo referencia al contrato de *master* franquicia, también apunta a la sinalagmaticidad genética y funcional señalada en la nota anterior.

⁶⁷ En este sentido se expresa LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas...*, cit., pág. 229. Entendemos que, pese a que el autor se refiere al contrato de agencia, lo apuntado es plenamente aplicable al contrato de franquicia.

Al tratar la bilateralidad del contrato de franquicia no se hace referencia al número de partes en el contrato, sino al número de obligaciones que el contrato crea. En este caso hacemos referencia a que el contrato de franquicia es bilateral porque crea obligaciones para ambas partes que, además, son recíprocas o sinalagmáticas.

Tal y como mantiene la doctrina⁶⁸, y como se ha mantenido anteriormente, el contrato de franquicia no es un contrato plurilateral pese a que la firma por parte del franquiciador de más de un contrato persiga la constitución de una red de establecimientos.

4. COMPLEJO.

Como ha señalado la doctrina, la falta de ajuste entre el contrato que celebran las partes y los tipos preestablecidos por la ley puede producirse de muy diferente manera⁶⁹. En una zona intermedia se sitúan aquellos contratos en los que las partes, para conseguir los fines empíricos que pretenden, conciertan el contrato sirviéndose de elementos que corresponden a diferentes contratos típicos⁷⁰. En este segmento se sitúa el contrato de franquicia. Aparecen así las categorías de los contratos mixtos,

⁶⁸ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 87.

⁶⁹ Sobre el carácter complejo y autónomo del contrato de franquicia MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 12-13, y MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 93.

⁷⁰ Entre contratos que, ajustándose en principio a los moldes y a la función económico-social de un tipo se preestablecido, se separen de él en algunas cláusulas o pactos, pero se mantienen todavía dentro de la tipicidad legislativa; y contratos que se separan completamente de los tipos disciplinados por la ley. Sobre estas cuestiones, ver, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 489 y 490.

coligados y complejos⁷¹. Ante la presencia de una figura jurídica compuesta de varias relaciones jurídicas o prestaciones que, aparentemente, se derivan de contratos ya conocidos, de lo que se trata es de determinar si las prestaciones examinadas implican la existencia de varios contratos que se dan de forma cumulativa, si hay un grado de interrelación entre ellos que permita hablar de una cierta fusión porque las prestaciones de uno determinan o influyen en las de otro, o si habiendo una interrelación máxima, se trata de un contrato nuevo o *sui generis*. La causa es lo que califica de complejo al contrato. La finalidad perseguida integra la causa como única. Se ha de buscar, por tanto, en cada caso, la “causa determinante” de la celebración del contrato, siendo éste el dato fundamental para calificar al contrato de naturaleza atípica y compleja⁷².

El contrato de franquicia es un contrato complejo en la medida en que es el resultado de la combinación de diversos esquemas negociales en la que, por virtud de una causa única y común, las distintas prestaciones procedentes de los tipos negociales originarios están íntima y

⁷¹ Los contratos mixtos son aquellos en que dentro de un único contrato confluyen elementos pertenecientes a tipos de contratos diferentes y se caracterizan por reunir elementos de diversos tipos contractuales. Los contratos coligados son aquellos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio jurídico único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen. Y, por último, los contratos complejo son aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. No hay pura yuxtaposición de los contratos, sino fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos -DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 490 y 491-.

⁷² La doctrina ha hecho especial hincapié en hallar algún dato de identificación de los contratos atípicos para diferenciarlos de la mera unión externa de contratos y lo ha encontrado en la causa. Así, por todos, SANTOS BRIZ, J., *Contratos fácticos y atípicos...*, cit., pág. 319. La necesidad de encontrar la causa determinante fue, en su momento, puesta de manifiesto por el TS en la clásica sentencia de 10 de octubre de 1970.

orgánicamente mezcladas y preordenadas a la consecución de un único propósito negocial objetivo⁷³. En el contrato de franquicia podrán detectarse fácilmente elementos propios de los contratos de compraventa, arrendamiento de cosas y obras o servicios, contratos de licencia de marca, patente y/o *know-how*, e incluso del contrato de agencia, en lo que de compatible presenta en estructura y función económica. Ello en la medida en que en el contrato de se entremezclan elementos propios de los contratos de colaboración empresarial, de los contratos sobre bienes inmateriales y de los contratos de distribución de bienes y servicios. Pero en el contrato de franquicia todos estos elementos gozan de independencia respecto del tipo contractual originario y se funden como consecuencia de una causa común. En este sentido, el contrato de franquicia es un contrato formado por la fusión de prestaciones que han sido tomadas de contratos de diversa naturaleza, apareciendo claramente la existencia de una causa única, generada por la complejidad de los elementos combinados en la nueva especie contractual⁷⁴.

5. INTUITU PERSONAE.

El contenido del contrato de franquicia se forma desde la voluntad de las partes, rigiendo en todo momento el principio de autonomía de la voluntad. Aunque el franquiciador celebre diversos contratos con sujetos distintos, cada uno de los contratos es totalmente independiente y se celebra con un franquiciado en particular, teniendo en cuenta el franquiciador las características personales de cada uno de los futuros franquiciados. Estas

⁷³ Así, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares... ..*, cit., pág. 99.

⁷⁴ En extenso, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares... ..*, cit., pág. 98 y ss.

características personales tenidas en cuenta por el franquiciador a la hora de celebrar cada uno de los contratos hacen que podamos hablar de otro de los caracteres que conforman el contrato de franquicia, el carácter *intuitu personae* del mismo.

Dicho carácter, que ha sido admitido por doctrina y jurisprudencia con normalidad, presupone una relación de confianza entre las partes basada en las condiciones personales del franquiciado. Son estas condiciones las que hacen que el franquiciador celebre el contrato de franquicia con una persona determinada y la introduzca en su red. Y es este carácter *intuitu personae* del contrato de franquicia el que permite al franquiciador, en estos momentos, impedir la cesión voluntaria del contrato por parte del franquiciado a un tercero, a diferencia de cuanto ocurre en algunos estados norteamericanos, donde prevalece la condición *intuitu instrumenti* del contrato, motivo por el que la negativa a ceder el contrato requiere de justa causa.

No obstante, se está empezando a producir una variación de la calificación de la condición *intuitu personae* hacia una calificación *intuitu instrumenti* por parte de nuestra doctrina⁷⁵, al entender que no se tienen en cuenta tanto las condiciones personales como las cualidades objetivas de la persona jurídica que firma el contrato, su organización empresarial, recursos, etc. Esta opinión vendría apoyada por la posibilidad del franquiciador de transmitir el contrato de franquicia sin necesidad de la

⁷⁵ Véase MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 94.

autorización o aceptación del franquiciado, lo que daría lugar a que el carácter *intuitu personae* fuese predicable sólo con respecto al franquiciado.

En nuestra opinión, el carácter *intuitu instrumenti* se podría argumentar con respecto a los supuestos en los que el franquiciado fuese persona jurídica, pero tiene más dificultad de encaje cuando éste es persona física, valorándose en estos casos las características personales del franquiciado al no disponer el mismo de estructura organizativa empresarial.

Además, la limitación que suelen recoger los contratos de franquicia en su clausulado a la hora de poder transmitir las acciones o participaciones de la sociedad franquiciada, entendiendo dichos cambios como una cesión del contrato, refuerzan el carácter *intuitu personae* del mismo, al reforzar el interés del franquiciador en que la persona física que firma el contrato de franquicia no pierda la dirección de la empresa. Aquí se estarían valorando más las condiciones personales que la estructura organizativa empresarial, que se mantendría, aunque cambiase la titularidad del accionariado.

6. DE DURACIÓN.

Como ha señalado la doctrina⁷⁶, el contrato de franquicia es un contrato de duración en la medida en que las prestaciones de las partes no se agotan en un único acto, es decir, los efectos del contrato no se agotan en una prestación única, sino que la correcta ejecución del mismo requiere de la

⁷⁶ En extenso, RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares..., cit., pág. 91; Y MARTÍ MIRAVALLS, J., El contrato de master franquicia..., cit., pág. 161 y ss.

reiteración en el tiempo de una serie de prestaciones debidas en virtud de la celebración del contrato⁷⁷. Sólo mediante la prolongación en el tiempo de los efectos jurídico-obligacionales del negocio podrán realizarse los efectos pretendidos por las partes con la celebración del contrato⁷⁸.

A su vez, el contrato de franquicia, desde el punto de vista de la duración, debe ser calificado como un contrato de tracto sucesivo en la medida en que la actividad de las partes, considerada en términos estrictamente económicos, se resume en actos singulares que se ejecutan reiteradamente

⁷⁷ La doctrina ha definido las relaciones obligatorias duraderas como todas aquellas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y, por tanto, una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas -DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.II, pág. 322-. En cambio, estaremos ante contratos de ejecución instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o prestaciones previstas en él. En la doctrina mercantilista el maestro GARRIGUES, J., "Los agentes comerciales", *RDM*, núm. 83, 1962, pág. 21, consideraba que la diferencia entre los contratos de ejecución instantáneas y de duración estriba en la diversa función que cumple el tiempo en las relaciones jurídicas. En los primeros, el interés del contratante está en que la prestación se realice en un momento determinado y sólo cuando así ocurre, aquél interés queda satisfecho. Por su parte, en los segundos, el interés del contratante reside en que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo, precisamente porque esa prestación responde a una necesidad estable.

⁷⁸ El contrato de franquicia se encuentra vinculado a una necesidad que se prolonga en el tiempo. Esa necesidad no desaparece porque una de las manifestaciones concretas de la misma se satisfaga, sino que subsiste y se vuelve a exteriorizar. Así las cosas, el cumplimiento de la obligación duradera es un cumplimiento progresivo, pero no provoca la extinción gradual y proporcional de aquella obligación, que es intrínsecamente diversa de la suma de las prestaciones que se van realizando. Es decir, la concreta ejecución de la prestación resultante de una obligación de tracto sucesivo no implica el paulatino cumplimiento de la misma. Ello porque la obligación de tracto sucesivo se mantiene a lo largo del período de duración del vínculo contractual y no se corresponde con la suma de prestaciones que la vayan realizando -LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, 1998, pág. 112-.

durante el período de tiempo de vigencia del contrato, sin que quepa pensar en un único acto económico promotor continuado a lo largo del tiempo⁷⁹.

Ahora bien, ello no es óbice para entender que en el contrato se generan una serie de obligaciones tanto de tracto sucesivo como de tracto continuo. Son obligaciones de tracto sucesivo aquellas que requieren una reiteración en el tiempo de las prestaciones debidas, mientras que son obligaciones de tracto continuo aquellas cuya realización supone una conducta permanente en el tiempo. En este sentido, el pago de cánones periódicos, por ejemplo, o la prestación de asistencia son obligaciones de tracto sucesivo, mientras que la obligación positiva de permitir la explotación del modelo de empresa es una obligación de tracto continuo.

La determinación de la duración del contrato de franquicia dependerá del plazo pactado por las partes en el momento de la celebración del mismo. Como es sabido, en el supuesto de que el contrato no establezca el plazo en su clausulado se entenderá que se ha celebrado por tiempo indefinido⁸⁰. Si bien, en la actualidad lo más habitual es que los contratos de franquicia se celebren por plazo determinado, aunque también pueden celebrarse por tiempo indefinido, sin fijación de plazo y devenir en contratos de duración indeterminada los contratos de duración determinada que siguen ejecutándose tras el cumplimiento del plazo acordado.

⁷⁹ Sobre la distinción dentro de las obligaciones duraderas entre obligaciones de tracto sucesivo y continuo, ver, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., T.II, pág. 322.

⁸⁰ En este sentido se expresan también los distintos proyectos legislativos sobre contratos de distribución que estamos viendo. Como ejemplo podemos citar el artículo 20 de la Propuesta del 2006 o el artículo 22 de la Proposición del 2008.

VI. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE LAS REDES DE FRANQUICIA.

En el presente apartado se procede a exponer los distintos contratos utilizados en las redes de franquicia para su expansión, tanto nacional e internacional: contrato de franquicia, contrato de *area development*, contrato de master franquicia y contrato de *area representation*. Su conocimiento y comprensión es imprescindible para una adecuada expansión de la red. Cada contrato cubre unas necesidades. Y en la práctica económica resulta habitual es recurso a varios de estos contratos para afrontar la expansión internacional de la red de franquicia.

1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Como ya se ha visto, el contrato de franquicia es aquél por el cual una parte, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho a explotar un modelo de empresa, a cambio de una contraprestación económica. A efectos de no incurrir en duplicidades nos remitimos a lo ya expuesto, simplemente recordar que en las redes de franquicia el bien jurídico compartido es un modelo de empresa, esto es, un modo específico de organizar los elementos integrantes de una empresa –capital y trabajo- para la realización de una determinada actividad económica. Y el objetivo perseguido con el uso común del modelo de empresa es que el resultado obtenido –establecimiento franquiciado- sea idéntico, o lo más similar posible –como mínimo uniforme-, al resultado propuesto por el franquiciador -establecimiento que éste pretende que sea creado-, con independencia del mercado en el que se explote.

2. EL CONTRATO DE AREA DEVELOPMENT.

El contrato de *area development*, es aquél por el cual una parte, el franquiciador, concede a la otra, el *developer*, el derecho a celebrar un número concreto de contratos de franquicia para una zona determinada y por un período de tiempo específico, siguiendo un programa de celebración predeterminado⁸¹.

El contrato de *area development* posee una causa y un objeto propio y distinto del resto de contratos utilizados en las redes de franquicia. La causa del contrato, entendida como la finalidad económico-social perseguida por las partes, es planificar o programar la expansión de una red de franquicia en un territorio determinado mediante la celebración de contratos de franquicia entre el franquiciador y el *developer*. Por su parte, el objeto del contrato no es un modelo de empresa, como en los contratos de franquicia o *master* franquicia, sino el derecho a celebrar contratos de franquicia con el franquiciador en aquellos términos contractualmente previstos⁸².

⁸¹ Sobre el contrato de “*area development*”, ver, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 248 y ss.; y KONIGSBERG, A., *International Franchising*, Juris Publishing, 1997-2003, pág.VIII.I.1 y ss. Sobre su definición en el ordenamiento jurídico argentino, artículo 1513 b) de su Código Civil y Mercantil.

⁸² La Comisión Europea tuvo la oportunidad de aproximarse a esta figura en la Decisión *Computerland*, de 13 de julio de 1987, describiéndola como sigue: “*en Dinamarca y en la Toscana italiana, CLE ha introducido una pequeña variación en el contrato tipo, los “Contratos de Zona de Desarrollo” en cuya virtud se concede a una única empresa el derecho exclusivo de abrir un número concreto de establecimientos Computerland en una zona determinada y por un período de tiempo limitado. Este tipo de contrato se utiliza en zonas en las que no existe establecimiento Computerland alguno y en las que un franquiciado se muestra dispuesto a asumir por sí solo el elevado riesgo económico que supone abrir varios comercios en un mercado todavía virgen. En contrapartida, se le concede el citado derecho en exclusiva, a menos que no cumpla el calendario previsto, en cuyo caso CLE queda de nuevo en libertad de ofrecer a un tercero el derecho a abrir establecimientos en la zona. Estos*

Desde una perspectiva meramente económica el contrato de *area development* consigue programar la expansión de una red de franquicia⁸³. Desde una perspectiva subjetiva, el contrato de *area development* únicamente vincula a dos partes, el franquiciador y el *developer*. El primero asumirá su papel de franquiciador respecto de todos los contratos de franquicia que se programen y el segundo, que no es más que un multi-franquiciado⁸⁴, se obliga a explotar los distintos establecimientos franquiciados que se derivan de cada contrato. En este sentido, resultan evidentes las diferencias, principalmente estructurales, entre el contrato de *area development* y de *master* franquicia o *area representation*⁸⁵.

*contratos especiales constituyen la excepción a la norma de que el franquiciado debe explotar tan sólo un establecimiento y suponen que el franquiciado que tenga éxito estará protegido por una zona de exclusión más amplia. Los “Contratos de Zona de Desarrollo” no imponen restricción alguna a la exportación e importación”. La Comisión concluyó que las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 –actual artículo 101.1 TFUE- podían ser declaradas inaplicables al contrato tipo de franquicia *Computerland* y a los “Contratos de Zonas de Desarrollo” con arreglo al apartado 3 del artículo 85 –actual artículo 101.3 TFUE-.*

⁸³ Normalmente en mercados en los que ésta no tiene presencia todavía, pero que no se encuentran muy lejanos del mercado de origen, por cuanto el franquiciador deberá actuar como tal respecto de los contratos de franquicia que se deriven del mismo. No es extraño que el *area development*, sobretodo, a nivel internacional, se utilice por el franquiciador como técnica para testar la aceptación de su modelo de empresa en una parte del mercado, y una vez testado, celebrar con el propio *developer*, o con terceros, nuevos contratos de franquicia para el resto del mercado con unas condiciones económicas más beneficiosas para el franquiciador.

⁸⁴ La multifranquicia se produce cuando un franquiciador concede más de una franquicia al mismo franquiciado. Este sistema de expansión comercial tiene la ventaja del perfecto conocimiento entre los sujetos de la franquicia y como referente, generalmente, el éxito de la actividad comercial del franquiciado. No obstante, presenta el inconveniente de que la multiplicación de tareas, responsabilidades y diversificación de riesgos lleva a una disminución de la motivación y tiempo para atender a los negocios. Razón ésta por la que algunas cadenas no conceden más de una franquicia por franquiciado.

⁸⁵ Sobre las diferencias entre el contrato de *master* franquicia y el *area development*, ver, por todos, MENDELSON, M./RUDNICK, L., *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet&Maxell, 2002, 115 y ss; y el punto 44 de la Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia en el que se establece que “los contratos de desarrollo (*area development*) son contratos utilizados para

3. EL CONTRATO DE MASTER FRANQUICIA.

El contrato de *master* franquicia –o franquicia principal o franquicia mayorista⁸⁶– es aquel por el cual una parte, el franquiciador, concede a otra, el *master*, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el *master* el papel de franquiciador en un mercado determinado⁸⁷.

Desde una perspectiva meramente económica el contrato de *master* franquicia es un instrumento especialmente apto para lograr la introducción de una red de franquicia en territorios en los que el franquiciador no estaría en condiciones de poder cumplir correctamente con las obligaciones inherentes a un contrato de franquicia. Por ello, el

extender la explotación de una actividad sobre grandes territorios. A menudo se utilizan como alternativa al master franquicia. La diferencia entre ambos es que, en el master franquicia, el propio franquiciador concede al master el derecho no sólo a administrar directamente las unidades franquiciadas sino también a conceder sub-franquicias a sub-franquiciados en el territorio que el franquiciador le concedió para desarrollar su actividad. En consecuencia, el subfranquiciador actúa como franquiciador en este territorio... En el caso de los contratos de desarrollo, el franquiciador concede a su contraparte (en inglés normalmente denominado el "developer") el derecho de acordar más de una franquicia en un territorio dado. A menudo existe un contrato marco de desarrollo, que cubre el conjunto de la operación, y otros contratos distintos para cada una de las unidades".

⁸⁶ Franquicia principal es el nomen iuris que recibe el contrato en España, artículo 2 del Real Decreto 201/2010; y franquicia mayorista es el que recibe en el ordenamiento argentino, artículo 1513 a) de su Código Civil y Mercantil.

⁸⁷ Sobre el contrato de master franquicia, MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Thomson-Aranzadi, 2009.

contrato de *master* franquicia es el instrumento más frecuente de internacionalización de las redes de franquicia⁸⁸.

El contrato de *master* franquicia crea, en este sentido, un entramado jurídico triangular en el que todas las partes que intervienen en la ejecución de la operación económica son empresarios jurídicamente independientes entre sí. El *master* aparece como piedra angular. Por una parte, estipula el contrato de *master* franquicia con el franquiciador, recibiendo de aquél el modelo de empresa objeto de la franquicia. Por otra, celebra los diferentes contratos de franquicia con terceros, los franquiciados, a los que transmite el modelo de empresa en el territorio contractual.

La operación económica descrita, desde una perspectiva contractual, se estructura a través de la celebración de dos contratos formalmente independientes, pero funcionalmente relacionados: el contrato de *master* franquicia y el contrato de franquicia. Ambos contratos recaen sobre un mismo objeto: el modelo de empresa definido por el franquiciador; ambos presentan un nexo subjetivo común: el *master*; pero, en cambio, cada uno posee su propia causa, que es lo que dota de singularidad y autonomía a cada contrato. Constituyen, en este sentido, un supuesto más de los que la

⁸⁸Así, por todos, UNIDROIT, *Guide to international...*, pág. 1; ZWISLER, C., *Master franchising*, CCH Incorporated, 1999. Desde la perspectiva del DIPr. conviene precisar que únicamente presenta la condición de contrato internacional el contrato de *master* franquicia, puesto que los contratos de franquicia celebrados por el *master* con los franquiciados son contratos nacionales.

doctrina, desde la teoría general de los contratos, denomina como contratos vinculados o conexos⁸⁹.

En el ordenamiento jurídico español, la concesión del derecho de explotar una franquicia y la autorización para concluir acuerdos de franquicia con terceros se configuran legalmente como los elementos que caracterizan el contrato. El primero constituye el objeto y el segundo, en estrecha conexión con el primero, la causa. El objeto del contrato, entendido como el bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de las partes, es el derecho de explotar una franquicia, esto es, un modelo de empresa. La causa del contrato, entendida como la finalidad económico-social perseguida por las partes, es la conclusión de contratos de franquicia con terceros. Por su parte, el efecto del contrato es la creación y consolidación de una red de franquicia en un mercado por un tercero distinto a su titular⁹⁰.

En contraprestación de la concesión del derecho de explotar un modelo de empresa el *master* se obliga a concluir contratos de franquicia con terceros, asumiendo éste el papel de franquiciador. Esta finalidad del contrato actúa como límite del mismo. La autorización del franquiciador al *master* constituye un auténtico derecho subjetivo de uso para éste, pero limitado a un uso concreto. El modelo de empresa no se concede para su explotación directa, reproduciéndolo el *master* en su propio nombre en el

⁸⁹ Sobre la conexión contractual, ver, por todos, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994.

⁹⁰ Así, en extenso, MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia...*, cit., pág. 96 y ss.

mercado, esto es, abriendo establecimientos o unidades propias, sino para que concluya contratos de franquicia con terceros asumiendo éste el papel de franquiciador⁹¹. La obligación del *master* de concluir acuerdos de franquicia constituye, por tanto, el denominador común en todo contrato de *master* franquicia, y el verdadero elemento esencial del mismo, que estará presente en todos los contratos de esta naturaleza⁹².

4. EL CONTRATO DE AREA REPRESENTATION.

Por último, el contrato de *area representation* es aquél en virtud del cual una parte, el *area representant*, se obliga frente a otra, el franquiciador, a cambio de una remuneración, a promover de manera continuada y estable, en un territorio determinado, la conclusión de acuerdos de franquicia entre el franquiciador y terceros; y a prestar a esos terceros, ya franquiciados, en nombre y por cuenta del franquiciador, determinados servicios asumidos por el franquiciador en virtud de los contratos de franquicia concluidos⁹³.

⁹¹ El derecho del *master* a explotar directamente establecimientos propios no es, en este sentido, un elemento esencial y ni siquiera natural del contrato, dado que los establecimientos propios del *master* presentan una naturaleza propia e independiente del contrato de *master* franquicia. Se trata de un elemento accidental -*accidental negotii*- y, por tanto, las partes pueden adicionarlo al mismo, pero no rige a falta de pacto expreso.

⁹² MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia...*, cit., pág. 123.

⁹³ El contrato de *area representation* se presenta como una técnica de auxilio para el franquiciador en aquellas zonas en las que no está en capacidad de prestar adecuadamente las obligaciones derivadas de un contrato de franquicia. Es junto con el contrato de *master* franquicia el contrato que, por sus particularidades, mejor se adapta a las necesidades de una red de franquicia cuando se internacionaliza. Entre la escasa literatura sobre el contrato, ver, UNIDROIT., *Guidetointernational...*, cit., pág. 14 y 15; y KONIGSBERG, A., *Internacional franchising...*, cit., pág. XI.VI.18 y ss. Desde la perspectiva del DIPr. una operación de internacionalización de la red recurriendo a la figura del *area representant* requiere de la celebración de al menos dos contratos internacionales. Por una parte, el contrato de *area representation* celebrado entre el franquiciador y el *area representant*; y

El contrato de *area representation* es, por tanto, un contrato de naturaleza mixta, que combina elementos propios del contrato de agencia y del contrato de prestación de servicios adaptado a las particularidades de una red de franquicia. En efecto, en virtud del contrato el *area representant* asume, por una parte, la obligación de promover en su territorio la celebración de contratos de franquicia entre el franquiciador y potenciales franquiciados; y, por otra, una vez celebrado el contrato, la obligación de prestar a los franquiciados, en nombre y por cuenta del franquiciador, determinados servicios asumidos por él en virtud de los contratos de franquicia.

VII.ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

1. FRANQUICIADOR.

El franquiciador es la persona física o jurídica titular del negocio o modelo de empresa cuya explotación, bajo el régimen de franquicia, es cedida al franquiciado. Nada obliga a que el franquiciador desarrolle su actividad bajo una forma personal o societaria, si bien, como regla general suele aparecer en el tráfico mercantil bajo la figura de sociedad de capital.

En un contrato de franquicia el franquiciador puede ser el titular del modelo de empresa, porque haya sido el creador del mismo o de forma

por otra, los contratos de franquicia entre el franquiciador y los franquiciados a quienes el *area representant* prestará sus servicios, en nombre y por cuenta del franquiciador.

derivativa, mediante la cesión del negocio por el creador originario, o como puede ocurrir en el supuesto de encontrarnos ante un contrato de master franquicia, donde el franquiciado principal tiene la posibilidad de actuar como franquiciador debido a la autorización expresa que le otorga el franquiciador.

La cuestión de la titularidad originaria o derivativa del modelo de negocio por parte del franquiciador resulta una cuestión nada baladí. Por ejemplo, en el caso de que nos encontremos en el supuesto de que se ostente dicha condición como consecuencia de la firma de un contrato de master franquicia, la finalización del mismo podría conllevar la extinción de los contratos de franquicia celebrados por el master con los franquiciados en el territorio correspondiente, como consecuencia de que «la extinción del contrato de master franquicia hará irrealizable la ejecución de los contratos de franquicia por la imposibilidad sobrevenida del master de cumplir con sus prestaciones»⁹⁴.

⁹⁴ Como señala MARTÍ MIRAVALLS, J. *Redes de franquicia...*, cit., pág. 243, que el franquiciador sea el titular originario o derivativo del modelo de empresa no es una cuestión baladí para el franquiciado. Así, por ejemplo, puede destacarse que en caso de que el franquiciador ostente dicha condición como consecuencia de un contrato de master franquicia la extinción de este contrato, con carácter general, conllevará la extinción de los contratos de franquicia estipulados por éste. Se trata de una manifestación del viejo principio romano *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*, que sitúa el problema en el ámbito de la propagación de las ineficacias (nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión) en los contratos conexos. En este sentido, si se atiende a la naturaleza del vínculo existente entre los contratos de franquicia celebrados por el master y el contrato de master franquicia estipulado entre éste y el franquiciador, en la medida en que existe una dependencia genética y funcional unilateral entre éstos, parece evidente que la extinción del contrato de master franquicia, que constituye un *prius* lógico y cronológico respecto de aquellos, se extenderá a los contratos de franquicia estipulados por el master como franquiciador. La extinción del contrato de master franquicia hará irrealizable la ejecución de los contratos de franquicia por la imposibilidad sobrevenida del master de cumplir con sus prestaciones.

2. FRANQUICIADO.

El franquiciado es quien adquiere el derecho de explotación del modelo de empresa. Éste es siempre un empresario independiente que actúa en su nombre y por su propia cuenta. En ningún caso puede equipararse el franquiciado a un consumidor. Ni siquiera en el caso de que el contrato se firme con una persona que no posee la condición de empresario en el momento anterior a la estipulación del mismo y por la razón que fuere el contrato no llegase a implementarse.

En este sentido se pronunció la clásica sentencia del TJCE de 3 de julio de 1997. En el supuesto de autos se planteaba al Tribunal, como cuestión prejudicial, si debía considerarse que el demandante era un consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas. A ello el TJCE señaló que:

«... por lo que se refiere al concepto de consumidor, el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define a éste como una persona que actúa “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. Según jurisprudencia reiterada, del tenor y de la función de esta disposición resulta que ésta sólo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (sentencia TJCE, de 19 de enero de 1993, ShearsonLehman Hutton, C-89/91, Rec. p. I-139). De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la

situación subjetiva de dicha persona... Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. Por tanto, es conforme con la letra y el espíritu, así como con el objetivo de las disposiciones consideradas, afirmar que el régimen particular de protección que éstas introducen sólo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura. Procede, pues, responder a la primera cuestión que el párrafo primero del artículo 13 y el párrafo primero del artículo 14 del Convenio deben interpretarse en el sentido de que el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor».

El franquiciado siempre es, por tanto, un empresario independiente que actúa en su propio nombre y por su propia cuenta, teniendo total independencia jurídica y económica respecto del franquiciador⁹⁵.

⁹⁵ La doctrina también es unánime en esta cuestión, pudiendo señalar entre otros a MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 138-139, que también califica al franquiciado como un empresario autónomo e independiente que asume toda la responsabilidad por su actividad empresarial y que no tiene la condición ni de consumidor ni de trabajador del franquiciador o a MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág. 93, en el mismo sentido.

En este sentido se ha venido manifestando también la jurisprudencia nacional en sentencias como la nº 836/2008, de 27 de noviembre, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, al señalar en su Fundamento de Derecho Tercero que «con independencia de las razones subjetivas que a cada franquiciado le puedan impulsar a elegir tal técnica de contratación, perfeccionado el contrato de franquicia, aquél se convierte en titular de su respectiva empresa franquiciada como empresario jurídicamente independiente, asumiendo los riesgos de la actividad de la explotación empresarial».

Esta condición de empresario se le atribuye al franquiciado independientemente de la forma jurídica a través de la que actúe en el negocio, y sin tener en cuenta la condición de empresario o no que tuviese antes de la celebración del contrato de franquicia, sin que pueda entenderse que el franquiciado tiene la condición de consumidor, tal y como se ha expuesto. Es también clara la jurisprudencia en este sentido, manteniendo invariable su criterio a lo largo del tiempo.

Así la Sentencia nº 516/2003, de 16 de septiembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, donde se manifiesta en el Fundamento de Derecho Quinto que «la demandante no puede invocar la protección que resulta de la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios pues no ostenta la condición de consumidor» y que «esta legislación es aplicable sólo al consumidor pues no es destinatario final de un producto o servicio, por lo que la demandante no entra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de aquella norma tuitiva, fuera de lo que en la misma se pueda encontrar como principios generales normativos del

ordenamiento jurídico privado», la Sentencia nº 25/2015, de 2 de febrero, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, donde se argumenta en su Fundamento de Derecho Segundo que «no cabe observar la infracción de ninguno de dichos requisitos, pues se dispone de un ejemplar del contrato que se aportó junto a la demanda, el cual aparece firmado en todos sus folios por el demandado, por lo que no puede aceptarse su tesis de que la franquiciadora abusó del mismo, pues conocía perfectamente los entresijos de su clausulado, y entre ellos, los que afectaban a los efectos de la resolución y las consecuencias del impago de las cuotas» o la Sentencia nº 89/2015, de 15 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Soria, que señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que «es evidente que Camserges S.L., no puede tener la consideración de consumidor o usuario, puesto que los productos contratados con Midas formarían parte de su actividad comercial, no siendo el destinatario último de los mismos»⁹⁶.

VIII. INTRODUCCIÓN A LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES DE LAS PARTES.

⁹⁶ Sobre la no condición de consumidor del franquiciado se posicionan otras sentencias como la nº 618/2007, de 6 de noviembre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, la nº 287/2008, de 13 de octubre, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, la nº 11/2010, de 7 de enero, de la misma Sección y Audiencia, la nº 228/2011, de 16 de mayo, de la Sección Decimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona o la nº 80/2014, de 28 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos.

No es objeto de este trabajo el estudio de las obligaciones de las partes en un contrato de franquicia, sobre ello ya se ha escrito mucho⁹⁷, sino profundizar en el incumplimiento y sus consecuencias. Con todo, resulta conveniente hacer una somera referencia a las principales obligaciones de las partes antes de entrar en la cuestión del incumplimiento. Para referirnos a las obligaciones de las partes es necesario distinguir entre obligaciones legales y obligaciones contractuales.

De acuerdo con la definición de actividad comercial en régimen de franquicia establecida en el artículo 2 del Real Decreto 201/2010 son obligaciones contractuales del franquiciador la cesión al franquiciado del modelo de negocio del que es titular, la cesión del uso de los derechos de propiedad intelectual o industrial de los que sea titular en relación con el negocio que cede, la comunicación al franquiciado del *know-how* propio y la prestación de asistencia técnica y/o comercial durante la vigencia del acuerdo. Y es obligación contractual del franquiciado el pago de una contraprestación financiera directa y/o indirecta a cambio de la cesión del modelo de negocio.

Junto a estas obligaciones contractuales esenciales, en el ordenamiento jurídico español se configuran dos obligaciones de carácter legal. En efecto, la LOCM introdujo en los apartados segundo y tercero del artículo 62 – Capítulo VI–, bajo la rúbrica «De la actividad comercial en régimen de

⁹⁷ Por todos, MAYORGA TOLEDANO, M.A., *El contrato mercantil de franquicia...*, cit., pág. 101 y ss.; MARTÍ MIRAVALLS, J. *Redes de franquicia...*, cit., pág. 113 y ss., RUIZ PERIS, J.I., “La problemática actual de las franquicias”, *Contratos de distribución comercial*, Ratio Legis, 2010.

franquicia»–, los deberes de transparencia –«disclosure»– para los franquiciadores que pretendieran desarrollar en territorio español su actividad. Estos deberes se articulan mediante dos obligaciones que se les imponen: la obligación de información precontractual y la de inscripción en el Registro de franquiciadores.

1. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS AL FRANQUICIADOR.

Como se acaba de señalar, en el ordenamiento jurídico español el franquiciador debe entregar al potencial franquiciado todo un conjunto de información relevante para que éste adopte la decisión de integrarse en la red “con conocimiento de causa”. Este deber de información precontractual en el ámbito del contrato de franquicia viene establecido por el artículo 62.3 LOCM y por el artículo del 3 del RD 201/2010⁹⁸. El primero establece que: *“...con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de*

⁹⁸ En extenso, por todos, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, ob. cit., pág. 167 y ss. Sobre el deber de información precontractual en el proyecto de ley de contratos de distribución de 2011, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información”, *La reforma contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, págs. 139 y ss; en el Proyecto de Código Mercantil, PERALES VISCASILLAS, P., “La conclusión del contrato de distribución en el proyecto de código mercantil”, *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. Ruiz Peris), Universitat de València, 2017, págs. 219 y ss.

franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia...". Por su parte, el segundo dispone que “con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa...” relativa a un conjunto de información⁹⁹.

Como ha señalado la doctrina, del análisis conjunto de ambos preceptos pueden extraerse una serie conclusiones relativas a la configuración del deber de información precontractual en el ámbito del contrato de franquicia en nuestro ordenamiento. Primera, su finalidad es que el potencial franquiciado pueda decidir “libremente y con conocimiento de causa” su incorporación a la red de franquicia. Segunda, para ello el franquiciador deberá entregar por escrito una información “veraz y no engañosa” sobre diversas cuestiones –principalmente, el franquiciador, su red y el contrato-. Tercera, dicha entrega deberá realizarse “con una antelación mínima imperativa” de veinte días antes de la firma del contrato, precontrato o de la realización de cualquier pago¹⁰⁰.

En el contexto de una relación de franquicia, con carácter general, la mayoría de los riesgos derivados de la contratación recaen -en ocasiones, de modo desproporcionado- en el potencial franquiciado. Ello no significa que

⁹⁹ Sobre ello resulta obligada la consulta de RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, ob. cit., si bien el mismo hace referencia al RD2485/1998.

¹⁰⁰ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 94 y ss.

el franquiciador esté exento de riesgos. Pero es que, además, en el contrato de franquicia se cumplen todos los requisitos para la instauración de un deber de una información precontractual: la posición jurídica del franquiciador respecto a la información relevante a los efectos de la contratación; la condición de contratante experto y profesional de éste; la específica situación de confianza que se genera en el franquiciado hacia el franquiciador –puesto que el contrato de franquicia es un medio idóneo para que contratantes profanos, con nula experiencia profesional, accedan a la condición de empresario, con ciertas garantías de éxito o, como mínimo, de organización-; y el carácter duradero de un contrato que, amén, posee unas condiciones económicas y jurídicas especiales, derivadas del ingreso en una particular estructura organizativa –la red de franquicia-. Todo ello hace que los potenciales franquiciados sean, con carácter general, paradigma respecto a la necesidad de tutela jurídica mediante la instauración de un deber legal de información precontractual que prevenga abusos que la experiencia comparada, en aquellos países con más tradición en franquicia, han puesto de manifiesto.

La concesión de un plazo mínimo imperativo es el instrumento a través del cual se articula la tutela al potencial franquiciado, evitando que éste pueda ser “inducido” a actuar por el “impulso del momento”. En atención a los distintos intereses en juego y a la finalidad del plazo mínimo, los veinte días previstos en nuestro ordenamiento resultan un plazo adecuado -por suficiente¹⁰¹-.

¹⁰¹ En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 92-93. La concreción del plazo es, con todo, una medida de política legislativa. Así, el legislador español opta por veinte días, siguiendo la estela de la normativa francesa, frente a, por

Ahora bien, la información “veraz y no engañosa” que se entrega en el documento, para la emisión de un consentimiento “libre y con conocimiento de causa”, requiere del potencial franquiciado una actitud activa. El plazo mínimo imperativo entre la entrega del documento de información precontractual y la firma del contrato, precontrato o realización de pago – en adelante, “plazo mínimo imperativo”- se concede, fundamentalmente, para que el potencial franquiciado pueda analizar el documento, realizar actuaciones tendentes a la comprobación de los datos transmitidos y obtener información adicional sobre las cuestiones allí recogidas consultando expertos de diversos tipos¹⁰².

La mera entrega del documento no puede conseguir que el consentimiento se emita con conocimiento de causa. Esta es la carga que debe soportar el potencial franquiciado. Una actitud pasiva, de mera reflexión sobre si celebra el contrato o no, comportará asumir las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. No se trata de imputar al potencial franquiciado la obligación de recibir asesoramiento. Ni lo exige

ejemplo, los 10 que establecía la normativa federal estadounidense antes de la reforma de 2007. Tras la reforma, el legislador estadounidense, siguiendo la propuesta de la Ley Modelo UNIDROIT, amplía a 14 días. Si bien, el período de reflexión más extendido entre las recientes normativas de transparencia en el ámbito de la franquicia es el de 30 días. Así, la normativa belga, la italiana y/o la china.

¹⁰² Como señala MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 92-93, el legislador concede un plazo para que el potencial franquiciado pueda consultar sus dudas con algún franquiciado de la red –idóneo para obtener información sobre el funcionamiento de la red, la explotación del modelo de empresa objeto del contrato, el comportamiento del franquiciador respecto de sus franquiciados, etc.-, obtener asesoramiento jurídico –para comprender la complejidad del contrato, los riesgos asumidos, etc.-, conseguir asesoramiento técnico y/o económico –viabilidad del proyecto, expectativas de ganancias, etc.-. Sólo así el consentimiento puede emitirse con “conocimiento de causa”.

nuestra normativa, ni tampoco ninguna norma en Derecho comparado –ni la Ley Modelo UNIDROIT- obliga a ello. Tampoco se trata de imputar al potencial franquiciado una carga de comprobar la presunta buena fe del franquiciador respecto a los datos que le son suministrados. De lo que se trata es de actuar conforme la diligencia que le es exigible a cada potencial franquiciado a efectos de poder emitir un consentimiento contractual “libre y con conocimiento de causa”. Y, a estos efectos de determinar esta diligencia exigible -como se desprende de la jurisprudencia, entre otras, la STS de 27 de febrero de 2012-, resultará decisivo si el potencial franquiciado era empresario del sector de actividad de la franquicia con anterioridad al contrato o no; si al menos era empresario –aunque de otro sector-; o si, en cambio, como en no pocas ocasiones ocurre, no era empresario en dicha fase precontractual, adquiriendo esta condición con la celebración del contrato de franquicia¹⁰³.

La otra obligación legal que el ordenamiento jurídico impone al franquiciador es la inscripción en el Registro de Franquiciadores¹⁰⁴. El Registro de Franquiciadores es un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos efectos de información y publicidad (artículo 5 RD 201/2010)¹⁰⁵. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar

¹⁰³ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 93.

¹⁰⁴ Sobre esta obligación, recientemente, en extenso, RUIZ PERIS, J.I./ MARTÍ MIRAVALLS, J., *La franquicia...*, cit.

¹⁰⁵ El origen de la obligación de inscripción registral del franquiciador en un Registro especial tiene su origen en la normativa estatal de algunos Estados estadounidenses, como California o Nueva York y, en cierto modo, estriba en la creciente asimilación en USA de la regulación de las franquicias a la adquisición de valores mobiliarios, imponiéndose a los franquiciadores, junto con el deber de inscripción, la obligación de garantizar con avales o depósitos el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sobre el Registro de

en España la actividad de cesión de franquicia deberán comunicar sus datos, en el plazo de 3 meses desde el inicio de la actividad, o bien al registro de la Comunidad Autónoma donde prevean iniciar sus actividades, o cuando la Comunidad Autónoma no establezca la necesidad de comunicación de datos a la misma, al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a efectos informativos¹⁰⁶.

La comunicación al Registro de Franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad. La falta de comunicación de datos transcurrido el citado plazo conllevará la correspondiente sanción. No obstante, están exentos de la obligación de comunicación de datos al Registro los franquiciadores establecidos en otros Estados Miembros de la Unión Europea que operen en régimen de libre prestación, sin establecimiento permanente en España. En este caso, la única obligación para el prestador consistirá en comunicar el inicio de sus actividades en España al registro, a través de la Comunidad Autónoma donde tenga previsto comenzar su prestación. En defecto de registro autonómico, la precitada comunicación de inicio de actividad

franquiciadores, ver, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 217 y ss; y JARNE MUÑOZ, P., "El proceso de modernización del registro de franquiciadores en España", *Direito, Governança e tecnologia: princípios, políticas e normas do Brasil e da Espanha*, 2014, págs. 290 a 308.

¹⁰⁶ Actualmente tienen Registro de Franquiciadores seis Comunidades Autónomas: Castilla y León –Orden de 6 de julio de 1999. BO Castilla y León de 20 de julio de 1999, núm. 138–; Cataluña –Decreto 287/1999, de 26 de octubre. DO Generalitat de Catalunya de 11 de noviembre de 1999, núm. 3013–; Madrid –Decreto 335/1999, de 9 de diciembre. BO Comunidad de Madrid de 21 de diciembre de 1999, núm. 302–; Extremadura –Decreto 203/2000, de 26 de septiembre. DO de 3 de octubre de 2000, núm. 115–; Valencia –Orden de 24 de julio de 2002. DO Generalitat Valenciana de 26 de agosto de 2002, núm. 4321–; y Cantabria –Decreto 60/2004, de 17 de junio. BO de Cantabria de 30 de junio de 2004, núm. 127–.

deberá dirigirse al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Además, conviene tomar en consideración que, tal y como ha señalado la jurisprudencia, el incumplimiento del franquiciador de la obligación de inscribirse en el Registro de Franquiciadores sólo tiene consecuencias administrativas y, por tanto, no afecta a la validez y eficacia de los contratos de franquicia. En este sentido se pronuncia la SAP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003, que advierte sobre la irrelevancia jurídico-privada que tiene el incumplimiento del deber de registro administrativo, «que podrá tener la, consecuencias sancionadoras de orden gubernativo que sean», pero que no justifica, en su caso, una nulidad del contrato. En la misma línea, en sede penal, la STS de 16 de febrero de 2012 señala que «el hecho de que no estuviese registrado en el Registro de franquicias el nombre y marca comercial» no puede ser constitutivo del engaño definidor del delito de estafa: «... ya constaba con toda claridad en el contrato de franquicia suscrito con la querellante, por lo que no puede alegar un desconocimiento de lo que expresamente estaba reconocido en el contrato suscrito, por lo que no puede alegar engaño por el desconocimiento de un dato que constaba en el propio contrato».

2. OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL FRANQUICIADOR.

Las obligaciones contractuales citadas *supra* son las únicas que se derivan del artículo 2 del Real Decreto 201/2010, sin que se desarrolle por la norma el contenido de dichas obligaciones. De la jurisprudencia podemos extraer una serie de conclusiones sobre las obligaciones del franquiciador.

La Sentencia nº 535/2000, de 5 de junio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, en su Fundamento de Derecho Segundo, establece que el franquiciador se obliga a «1.-La puesta a disposición del bien inmaterial. 2.- La asistencia y formación del franquiciado. 3.- La garantía y mantenimiento pacífico en el disfrute del bien (saneamiento, evicción, defensa y mantenimiento del derecho poseído, cumplimiento de la exclusiva). 4.- Deber de comportamiento leal y en buena fe. 5.- Responsabilizarse de las obligaciones contraídas en el contrato».

La Sentencia nº 52/2008, de 15 de febrero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, establece las obligaciones del franquiciador en su Fundamento de Derecho Quinto de forma muy parecida al Real Decreto 201/2010, señalando que son obligaciones del franquiciador «la adhesión al franquiciado de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador, la comunicación al franquiciado del “know-how” o saber hacer y la prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica». En estos mismos términos se expresa también el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia nº 333/2012, de 24 de septiembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León.

Por su parte, la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, establece en su Fundamento de Derecho Segundo que «los contratos de franquicia se rigen por lo pactado por las partes en el contrato al amparo del art. 1.255 del CC, siendo el contrato el que marca las obligaciones que asumen las partes, si bien de ordinario el franquiciador suele asumir las siguientes obligaciones: a)

Permitir al franquiciado el uso de signos distintivos; b) Prestarle la asistencia técnica precisa para que utilice su sistema de comercialización; c) Suministrarle productos o elementos empleados para la prestación de servicios a los que el contrato se refiera; d) Promocionar y dar publicidad a los productos o servicios objeto del contrato; e) Respetar, en su caso, los pactos en exclusiva; f) Supervisar y controlar la correcta utilización de las técnicas de comercialización transmitidas como “know-how” para velar que los productos o servicios se comercialicen de modo uniforme».

Es, por lo tanto, la obligación principal del franquiciador, sin perjuicio de que se puedan establecer otras en virtud del propio contrato de franquicia, la concesión de un derecho de explotación sobre un modelo de negocio, debiendo poner a disposición del franquiciado todo lo necesario para que éste quede en condiciones efectivas de explotarlo con la finalidad para la que se le ha autorizado y cuyos elementos mínimos lo conforman la transmisión de los signos distintivos, la transmisión del *know-how* y la prestación de formación y asistencia técnica y/o comercial¹⁰⁷.

Respecto a los signos distintivos, el franquiciador debe poder asegurar el uso pacífico de los mismos durante toda la duración del contrato de franquicia, impidiendo la perturbación de su utilización por parte de terceros.

Como ha señalado la doctrina, el uso compartido de elementos de identificación externa de la empresa, principalmente signos distintivos en

¹⁰⁷ En este sentido también se expresa MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 103.

su función de rótulo comercial, es un elemento esencial de la relación jurídica¹⁰⁸. El franquiciador, por tanto, debe poder asegurar el uso pacífico de los signos distintivos al franquiciado *ex* artículo 1554.3 Cc. El poder del franquiciador de garantizar el uso pacífico de la marca al franquiciado deriva, con carácter general, de la titularidad registral de la misma, pero también puede derivar del hecho de que el franquiciador sea solicitante de marca o usuario extra-registral de una marca notoria o renombrada, artículos 8, 34.5 y 38 LM, respectivamente¹⁰⁹.

La imposibilidad del franquiciador de impedir, tanto en el ámbito territorial contractualmente establecido, como para la clase de productos o servicios sobre los que se autoriza el uso, la perturbación por terceros de los signos distintivos de la red deberá tener como consecuencia la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto¹¹⁰.

En este sentido se han pronunciado en reiteradas ocasiones los Tribunales españoles en sede de contrato de franquicia. Así, la Sentencia núm. 16/2001, de 22 enero, estableció expresamente que: *“El primer presupuesto que ha de concurrir para concertar válidamente el contrato es la titularidad de una marca, un nombre comercial o un rótulo del*

¹⁰⁸ Ver, MARTÍN ARESTI, P., “La legitimación del distribuidor para el uso del signo distintivo del proveedor: sobre la existencia de una licencia de marca en los contratos de distribución comercial”, *Marcas y distribución comercial*, 2011, págs. 17 a 38; ídem., “Signos distintivos y redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo Blanch, 2009, págs. 547 y ss.

¹⁰⁹RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 310 y ss.

¹¹⁰ Como acertadamente puso de manifiesto RUIZ PERIS, J.I., “Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia”, *Nuevas Formas Contractuales y el incremento del endeudamiento familiar* (dir. RUIZ PERIS), Estudios de Derecho Judicial, 2004.

establecimiento, con sus siglas o logotipos. Por ello algunos autores lo identifican con la licencia de marca, equiparación a la que no es ajena el Reglamento de la Unión Europea, que en el expositivo previo al articulado indica que «los acuerdos de franquicia son esencialmente derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o “know-how”» y en el art. 3, en su apartado a) define la franquicia como «un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, “know-how” o patentes». Siendo esto así la falta de transmisión de un derecho de esta clase debe conducir a la declaración de nulidad del contrato por falta de objeto, pues nadie puede transmitir lo que no tiene o sobre lo que carece de poder de disposición (SS. 9-5-1980 [RJ 1980, 1790], 31-1-1963 [RJ 1963, 753], 29-4-1997 [RJ 1997, 3409] etc.). No se trata de transmisión de cosas futuras pues éstas han de ser posibles, y, por tanto, esta existencia, aunque sea actual ha de ser potencial, como demuestra el art. 1460-1 del CC que establece la nulidad de la venta cuando se haya perdido la cosa antes de la celebración del contrato”.

Como ha señalado la doctrina más atenta, la garantía del ejercicio pacífico no es una cuestión fáctica sino jurídica¹¹¹. No se trata de si efectivamente se está perturbando o no al miembro de la red en el uso pacífico de los signos transmitidos –fáctica- sino si el franquiciador está en posición jurídica como para poder garantizar el uso pacífico - jurídica-. Se trata de una cuestión que nuestra jurisprudencia parece no acaba de comprender, pues ha venido identificando uso pacífico y no perturbación

¹¹¹RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 312.

efectiva desde una perspectiva meramente fáctica, cuando lo relevante para decretar la nulidad no es si se ha perturbado sino si el franquiciador está en posición de asegurar el uso pacífico a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico¹¹².

Como ejemplo de lo dicho puede señalarse las sentencias de las AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 y de Barcelona de 10 de mayo de 2000, en las que el uso pacífico de la marca –entendido como dato fáctico– ha sido el elemento decisivo a la hora de considerar que la no inscripción en el Registro de la marca del franquiciador no suponía la nulidad del contrato por carecer éste de objeto, al no haber sido perturbados los franquiciados¹¹³.

Por su parte, como también ha señalado la doctrina, el franquiciador está obligado a garantizar al franquiciado la propia existencia del *know-how* en el momento de estipulación del contrato¹¹⁴, por aplicación analógica *ex* artículo 85.1 LP¹¹⁵. No se trata sólo de acreditar la presencia de un conjunto

¹¹² MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 114 y ss.

¹¹³ En extenso, RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss.

¹¹⁴ Por todos, RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss.

¹¹⁵ Como ha señalado la doctrina, los Tribunales españoles han venido a delimitar, en cierto modo, el contenido del *know-how* propio de las redes de franquicia aplicado a los sectores de la distribución de productos y/o al de la prestación de servicios. En este sentido cabe afirmar que éste no está constituido por los productos en sí mismos distribuidos ni por la prestación de unos servicios concretos *stricto sensu*. En este último caso ello es labor exclusiva de un profesional con arreglo a los criterios de su conciencia y su "*lexartis*". El *know-how* en las redes de franquicia está constituido por la particular forma de gestionar y explotar un modelo de empresa, de presentar determinados productos y de articular una imagen de gestión uniforme a toda la red. Así, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 118 y ss. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003: "*De la anterior definición*

de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, sino que además éstos cumplan *ab origine* los cuatro requisitos exigidos: ser secreto, substancial, útil e identificado¹¹⁶. Si se carece de *know-how*, el contrato es nulo, sea por falta de objeto o porque el negocio jurídico carece de causa. En este mismo sentido se han pronunciado tanto la doctrina científica como los Tribunales españoles.

Entre todas destaca la sentencia de la AP de Zaragoza de 16 de septiembre 2003 en la que se estableció expresamente que –pese a su extensión se reproduce por su relevante–: *“Por tanto la nulidad pretendida por la franquiciada sólo puede solventarse en atención a los mecanismos de Derecho común hechos valer en la demanda: falta de inscripción de la franquiciadora en el Registro de franquiciadoras, falta de titularidad de las marcas cedidas en su uso por aquélla a favor de la franquiciada e inexistencia de los bienes inmateriales franquiciados, careciendo de franquiciadora de ese saber hacer comercial. Respecto a la primera circunstancia que se denuncia*

resulta que el verdadero y propio objeto de franquicia lo fue el derecho a la explotación de una clínica X bajo su sistema de franquicia, la prestación de servicios odontológicos, mediante la utilización de productos, prótesis y demás material fabricados por el franquiciador. El objeto de esta franquicia no es por tanto la prestación de los servicios odontológicos en sí mismo considerados, pues éstos no constituyen reserva legal de los facultativos que trabajan con arreglo a la lexartis, sino una novedosa gestión empresarial y comercial de una clínica odontológica. Es decir, el objeto de este completo contrato de franquicia lo constituyen el derecho al uso de ciertos signos distintivos (knowhow), como el suministro de productos y prótesis dentales fabricados por el franquiciador, como la adquisición de ese saber hacer o «knowhow» dirigido a la explotación de una clínica odontológica como negocio jurídico mercantil”.

¹¹⁶ Así, por ejemplo, si el *know-how* no tiene carácter secreto desaparece el monopolio de hecho que proporciona a quién lo explota una ventaja concurrencial frente al resto de competidores y, por tanto, pierde íntegramente su valor competitivo. Por todos, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Algunos aspectos de la licencia de *know-how*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala Primera) de 24 de octubre de 1979”, *ADI*, T. 7, 1981, pág. 210.

como fundamento de la nulidad contractual hay que advertir de la irrelevancia jurídico-privada que tiene el incumplimiento del deber de registro administrativo, que podrá tener las consecuencias sancionadoras de orden gubernativo que sean, pero no justifica una nulidad del contrato de franquicia. Tampoco la falta de titularidad de las marcas cuyo uso se autorizaba contractualmente justifica esa nulidad contractual. La demandante no ha sido perturbada por nadie en aquel uso, quienes eran sus anteriores titulares tenían vinculaciones con la demandada y esa titularidad en los registros públicos se ha adquirido durante el proceso, por lo que la actora no puede fundar en ese solo hecho la nulidad contractual. Mas por el contrario la Sala sí que adquiere una convicción contraria en cuanto a la existencia de un verdadero objeto de la franquicia, entendida éste como integrada por un saber hacer comercial diferenciado que se proporcionará por la franquiciadora demandada a la franquiciada demandante. La prueba para la demandada en este particular resultó singularmente caótica. Aun prescindiendo, que ya es prescindir, de la singularidad de que parte del negocio, y por tanto del objeto de contrato (el relativo a las termas) no había sólo trabajado antes que la franquiciadora así como de las accidentadas circunstancias que rodearon el emplazamiento de la demandada, la prueba practicada permite llevar a la convicción que la demandada no ofreció ese saber hacer comercial que integra esencialmente el objeto del contrato de franquicia al menor como algo diferenciado en ese terreno comercial. La demandada, al menos al tiempo de iniciarse la relación contractual objeto de este proceso, no parecía integrar una empresa definida ni identificada: plagada de múltiples departamentos técnicos, que luego, a lo más, estaban integrados por un único empleado, sin que nadie se conociera entre sí ni supiera de los demás ni de su trabajo. Como empresa parecía tan inmaterial

como lo que constituía el mismo objeto del contrato. Dudosísimo que la configuración comercial de la imagen corporativa se realizara por la franquiciadora ni que la misma fuera de la misma ni aún existiera, pues la misma encargada de la supervisión de las franquiciadas no lograba recordar con precisión ninguna de ellas. Ninguna prueba, testifical o pericial, que desvelara la consideración comercial de saber hacer comercial de la franquiciadora, de sus marcas, de su reputación y consideración comercial en el sector no hay prueba de que existiera una imagen corporativa predefinida ni de que la misma sea conocida e identificada con facilidad por el consumidor. En definitiva, que el contrato carecía de verdadero y objeto cierto y por ende estaba afecto de la nulidad que se denuncia en la demanda, que en este particular deber ser así estimada”.

Por su parte, la sentencia de la AP de Madrid de 26 de febrero de 2008, resolviendo sobre un contrato de franquicia cuyo *know-how* consistía “en un sistema propio de comercialización de la prestación de servicio de la actividad de ocio y educación consistente en hacer accesible el conocimiento científico de una manera fácil y divertida para los niños entre 4 y 12 años” entendió que el incumplimiento de dicha transmisión respecto de los niños de 4 y 5 años, y aunque se cumplió respecto de los niños de 6 a 12, era “esencial, frustrándose las legítimas expectativas de la otra parte contratante”.

Con todo, conviene precisar que el hecho de que el negocio no fuera objeto de una experiencia prolongada no puede equivaler a falta del «*know-how*». Así, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Sentencia núm. 367/2016 de 19 octubre: “Pues bien, ninguna prueba se ha practicado por la ahora apelante para acreditar que medió circunstancia alguna que viciara el

consentimiento que se vertió al firmar el contrato. Negar la existencia del «know-how» del franquiciador cuando nada se reclamó durante la vigencia del contrato, supone desconocer el carácter de requisito básico del contrato de franquicia que tiene la transmisión del «know-how» del franquiciador. Y supone también ignorar el propio contenido del contrato que se suscribió. El hecho de que el negocio no fuera objeto de una experiencia prolongada, -circunstancia que tuvo posibilidad de constatarse por la recurrente en su visita al local ya aperturado en Valencia por el Sr. Carlos Ramón, originario franquiciador-, no puede equivaler, como se pretende, a la falta del «know-how», o a la existencia de error o engaño, como tampoco puede alegarse que mediara vicio, -sólo en ello puede sustentarse la nulidad del contrato por el que se acciona-, por no conocerse datos contables que acreditasen cierto éxito en el negocio cuando este extremo también era desconocido por lo incipiente de la actividad; no puede exigirse que todo sistema de negocio objeto de la franquicia deba tener una experiencia tan constatada que, prácticamente, elimine cualquier riesgo para el franquiciado. Por el contrario, la recurrente tuvo ocasión suficiente de conocer todos los extremos de la franquicia a la que se iba vincular previo a la firma del contrato, conocía lo novedoso de la actividad y tuvo también, después, los medios comprometidos por el franquiciador hasta que decidió la resolución; como apunta el Juzgador "a quo", no era la exclusividad del proveedor un elemento esencial del contrato y, en todo caso, tuvo la ahora apelante ocasión de optar por explotar un negocio propio de blanqueamiento dental, con los costes a ello aparejados en orden a imagen y marketing, siendo que, por el contrario, optó por unirse a la franquicia que conoció por internet".

Finalmente, en relación la formación y asistencia, hay que empezar indicando, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que son dos obligaciones autónomas e independientes¹¹⁷, pero íntimamente relacionadas¹¹⁸. La obligación de formación tiene por función el adiestramiento, preparación y entrenamiento del franquiciado y su personal en la explotación del modelo de empresa para la finalidad contractualmente acordada, es decir, respecto a su obligación principal de actuar como franquiciador de la red en el territorio contractual. Por su parte, la obligación de asistencia técnica y/o comercial tiene como función la prestación, tanto periódica como de carácter eventual y/o *ad hoc*, de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir en el desempeño de sus tareas específicas.

En ambos casos, salvo que las partes contractualmente hayan modificado la naturaleza, el franquiciador, con carácter general, ejecuta correctamente esta prestación desarrollando a favor del franquiciado una actuación diligente encaminada a alcanzar el resultado esperado por aquél. Debido al carácter aleatorio o incierto del resultado de dichas obligaciones, el franquiciador no garantiza su obtención, salvo pacto expreso. La obligación de formación y/o asistencia del franquiciador en el seno de un contrato de franquicia constituye, por tanto, una obligación de medios que no de resultado. En consecuencia, aunque entra en el ámbito de la discrecionalidad contractual el modificar expresamente la naturaleza de esta obligación, en ausencia de pacto, el franquiciador sólo responderá en

¹¹⁷ RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares..., cit., pág. 196 y ss.

¹¹⁸ MARTÍ MIRAVALLS, J., Redes de franquicia..., cit., pág. 129.

los casos de culpa o negligencia, como sería, por ejemplo, el error intencionado o la falta de capacidad del personal que ha de prestar al franquiciado la formación y/o asistencia, respectivamente¹¹⁹.

3. OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL FRANQUICIADO.

La única obligación del franquiciado que recoge el artículo 2 del Real Decreto 201/2010 es la del pago de una contraprestación financiera directa y/o indirecta a cambio de la cesión del modelo de empresa por parte del franquiciador, no haciendo más referencias a la forma de cumplimiento de la obligación o a la existencia de otras posibles obligaciones por su parte. Debemos acudir, por tanto, a la interpretación de la jurisprudencia y a la lectura de otras normas aprobadas o que han quedado como proyectos pendientes de aprobación con el fin de delimitar la posible existencia de otras obligaciones.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, en su artículo 10, establecía las obligaciones de las partes. Con respecto al distribuidor, franquiciado en nuestro caso, establece la obligación de disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios, la de comercializarlos sin menoscabar el prestigio del franquiciador, respetando su marca y ajustándose al sistema

¹¹⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 129 y MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 125-126.

establecido por el franquiciador y la obligación de llevar registros contables relativos a la actividad.

Esta misma Propuesta, en su artículo 19, dedicada específicamente a la franquicia, establece como obligaciones del franquiciado la de pagar la cuota y el canon de acceso estipulados, la de no divulgar los conocimientos secretos transmitidos y la de informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial que se produzcan en su territorio¹²⁰.

El Marco Común de Referencia también incluye una regulación de las obligaciones del franquiciado en la Sección Tercera de su Capítulo 4. Así, en sus artículos IV.E.-4:301 al 4:304 establece como obligaciones del franquiciado la del pago del canon de entrada y royalties periódicos, la de comunicar al franquiciador cualquier daño que se produzca sobre sus derechos de propiedad intelectual, la de explotar el negocio según las indicaciones dadas por el franquiciador y la de permitir al franquiciador supervisar su correcta actuación. Es por tanto una regulación de las obligaciones muy parecida a la de los textos citados y que, además de contener la obligación de pagos contiene otra serie de obligaciones tendentes al mantenimiento del modelo de negocio transmitido y a la

¹²⁰ La Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, en sus artículos 13 y 21, establece las obligaciones del distribuidor-franquiciado en términos muy similares a los de la Propuesta del 2006. Por su parte, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, prácticamente no establece obligaciones para el distribuidor-franquiciado, llegando a eliminar la mención a la obligación de los pagos del artículo dedicado al régimen de franquicia y limitándose a establecer una obligación de comunicar al franquiciador acciones que puedan afectar a la imagen de la red en su artículo 10.4. La Propuesta de Código Mercantil del año 2013 no aporta nada nuevo al contexto que estamos tratando al volver al contenido que presentaba el texto del año 2006.

defensa de la marca y la imagen de la red, así como a la protección de los secretos transmitidos por el franquiciador.

Por su parte, los Tribunales también han contribuido a delimitar las obligaciones del franquiciado a través de sus sentencias. La Sentencia nº 535/2000, de 5 de junio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada en su Fundamento de Derecho Segundo establece que el franquiciado se obliga a «1.-El pago de cánones periódicos por la transmisión (o la forma de compensación pactada). 2.- La adquisición o mantenimiento de los elementos materiales necesarios para una correcta aplicación del bien transmitido¹²¹. 3.- Informar al franquiciador sobre cuantos eventos puedan afectar a la marcha del ejercicio de la franquicia. 4.- La obligación de explotar y dedicarse con intensidad al uso del bien concedido. 5.- Actuar lealmente y en buena fe. Sin práctica de competencia desleal para con el franquiciador. 6.-Responsabilizarse de las obligaciones contraídas por el contrato». En el mismo sentido argumentan la Sentencia nº 52/2008, de 15 de febrero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid o la Sentencia nº 333/2012, de 24 de septiembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León.

Por su parte la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos establece en su Fundamento de Derecho Segundo, como obligaciones que suele adquirir el franquiciado las siguientes: «a) Pagar al franquiciador la correspondiente compensación económica que generalmente consiste en una cantidad inicial o derecho de

¹²¹ Por bien transmitido la Sentencia hace referencia al modelo de negocio.

entrada, más una cantidad periódica proporcional a las ventas a modo de comisión (royalties); b) Aplicar las técnicas y métodos de comercialización transmitidos por el franquiciador y respetar la imagen comercial de éste; c) Observar las instrucciones del franquiciador sobre el modo de comercializar los productos y servicios y en su caso los precios fijados por el primero, si se ha reservado tal facultad; d) Suministrar información sobre la situación del mercado y la marcha del negocio; e) Respetar los pactos de competencia que se hayan establecido en el contrato».

Las obligaciones del franquiciado quedan conformadas por la obligación de pagos como contraprestación a la cesión del modelo de negocio y por la obligación de explotación de dicho modelo conforme a las pautas e instrucciones transmitidas por el franquiciador para ello. Esta segunda obligación se encuentra interrelacionada a su vez con otras como son la confidencialidad sobre el *know-how* transmitido o la vigilancia y buen uso sobre los derechos de propiedad intelectual del franquiciador.

Con respecto a las obligaciones de pago, las mismas se engloban dentro de dos tipos: el pago del canon inicial y los pagos periódicos. Las condiciones de ambos pagos vienen pactadas en el contrato en cuanto a su cantidad, forma y tiempo de pago. El canon de entrada suele articularse en un pago único, no quedando clara la naturaleza del mismo en el caso de que no se indique en el contrato, existiendo distintas opiniones en el ámbito doctrinal.

Como ha señalado la doctrina, el canon de entrada no supone una contraprestación a un único tipo de prestaciones en todos los contratos de

franquicia, sino que es necesario determinar cada caso. Pueden encontrarse diversas teorías al respecto: el canon de entrada simplemente retribuye el acceso a la red; el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de la autorización de uso de los bienes inmateriales; el canon, además del acceso, es contraprestación de la exclusividad concedida, en aquellos casos en los que se concede; y/o el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de tanto de la exclusividad como de la explotación del modelo de empresa.

A nuestro juicio, siguiendo el planteamiento formulado por un sector de la doctrina¹²², la naturaleza del canon de entrada no consiste en articular un pago adelantado de cesión de derechos, salvo pacto en contrario, sino retribuir el acceso de un tercero a la red del franquiciador en condiciones de implementar el modelo de empresa objeto del contrato según la finalidad que contractualmente se convenga. No cabe, por tanto, atribuir al canon de entrada una función más específica que la de retribuir al franquiciador y, por ende, el pago como contraprestación es debido por el acceso a la red y las obligaciones que asume en el franquiciador con carácter previo a la correcta ejecución del contrato estipulado.

Con todo, se trata de una cuestión que debe ser analizada caso por caso, Así resulta especialmente relevante, por ser la primera ocasión en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre la cuestión, la STS de 1 de junio de 2009, que resuelve el recurso de casación presentado a la SAP de Barcelona de 10 de junio de 2004: *“En el ANEXO I (contraprestaciones económicas), apartado*

¹²² Por todos, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 131.

1 (obligaciones financieras del franquiciado), bajo la rúbrica "Derecho de entrada" (f.104), se estipula que "a la firma del presente contrato, la franquiciada satisfará a Retevisión Móvil, S.A. la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.) más I.V.A., a título de reembolso de todos los gastos soportados por Retevisión, S. A. para posibilitar la constitución de la presente relación comercial y como contraprestación por el uso, saber hacer y prestación continuada de asistencia técnica comercial". Con base en que el contrato se resolvió por causa imputable a la franquiciadora y que el mismo estuvo vigente más de un año, la sentencia de primera instancia entiende que cada parte debe asumir una cuota, y, consiguientemente, condena a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 7.011,81 euros. La sentencia de la Audiencia reduce esta cantidad a la de 3.506 euros, para lo cual tiene en cuenta: a) que el canon fue de dos millones de pesetas; b) que el 50% se agotó con la transmisión del know-how; y, c) la duración del contrato -el pactado y el efectivo-. La operación que realiza consiste en dividir el millón de pts. por 36 que era el número de meses de todo el contrato; el cociente lo multiplica por 15 que es el número de meses que duró la relación contractual; y la suma obtenida de 416.666 pts. la resta del millón, obteniendo el importe a devolver de 583.334 pts., es decir, 3.506 euros, añadiendo [dice] el IVA correspondiente. En el motivo primero del recurso se aduce, en síntesis, que la suma de 2.000.000 pts. se entregaba a título de "reembolso" (que supone según el Diccionario de la RALE "volver una cantidad a poder de quien la había desembolsado"), como un todo para que se iniciase el funcionamiento de la relación contractual de franquicia (por lo que no es susceptible de ser desmenuzado según el tiempo de duración del contrato), y que respondía a una inversión de la que ya se había beneficiado la actora (y por consiguiente era un pago por algo ya realizado, no una cantidad que se pagase por futuras

prestaciones que se derivasen de lo realizado). El planteamiento de la recurrente se desestima porque la admisión del concepto resarcitorio por la resolución recurrida resulta razonable, habida cuenta que uno de los aspectos en que se basa el desplazamiento patrimonial -"contraprestación" según la cláusula- al tiempo de la perfección del contrato es el de la asistencia técnica comercial (y no solo por el "saber hacer"), y es obvio que la misma no se prestó totalmente al interrumpirse la relación contractual por causa imputable a la franquiciadora. Por ello, más allá de uno u otro importe concreto, tema del "quantum" que excede del ámbito del juicio casacional, no hay desproporción ni arbitrariedad en el criterio adoptado por la resolución recurrida".

Respecto de los pagos periódicos o royalties, son obligaciones de pago que el franquiciado abona de forma periódica como contraprestación a la explotación del modelo de negocio cedido por el franquiciador, y como consecuencia del ejercicio de las obligaciones que el franquiciador ejecuta a favor del franquiciado durante la duración del contrato, con el fin de que dicha explotación pueda llevarse a cabo en los términos establecidos. En el contrato se establecen la forma para el cálculo de dichos pagos, que suele ser a tanto alzado o mediante porcentajes sobre facturación por ventas o compras, así como el tiempo para el pago, que normalmente se establece con carácter mensual. Del mismo modo se pactan el tipo de pagos periódicos que se deben realizar, siendo los más comunes el canon mensual y el de publicidad.

El canon mensual retribuye directamente la explotación del modelo de negocio cedido por el franquiciador. Y el royalty de publicidad contribuye a

la creación de un fondo destinado a la promoción de la marca de la red y, por lo tanto, dirigido a conseguir un mayor conocimiento de la red de establecimientos franquiciados.

Respecto al canon de publicidad interesa destacar que, como ha señalado la doctrina, en el contrato de franquicia éste no genera en el franquiciador una obligación de gestionar estos ingresos a modo de depósito y, por tanto, los miembros de la red no poseen, al estilo del depositante, una facultad de control sobre el destino de los mismos¹²³.

En este sentido, se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, de 13 de marzo de 2006, en la que se concluyó que no había obligación del franquiciador de informar a los miembros de la red sobre el destino del canon de publicidad: *“Otro de los motivos que conforman el recurso de apelación combate la desestimación de la imputación a Grupo Restmon SL de la utilización de los recursos del fondo de marketing (afectado a la publicidad de la marca) arbitrariamente y sin control de clase alguno. El fondo a que la apelante hace referencia no es otro que el conformado por el pago de los cánones por las franquiciadas. Sin embargo, como en el apartado anterior, no se ha probado que, contractualmente, exista una obligación de gestionar esos ingresos a modo de depósito que faculte al depositante para pretender ejercer un control sobre el destino de los mismos. Esa correlación no existe. Los franquiciados soportan el IVA como contraprestación a unos servicios. De ahí que no exista obligación determinada (salvo en uno solo de los contratos de 1997 –documento 18 de la demanda–) de dar información sobre el destino del*

¹²³ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 133.

canon. Existe en las actuaciones abundante prueba documental que advera una razonable inversión en publicidad de la marca por parte de la demandada (documentos adjuntados a la contestación de la demanda especialmente relevantes al respecto 22, 23, 24, 25, 26, 35 y 36). Todo ello pone de manifiesto la ausencia de infracción contractual alguna imputable a Grupo Restmon SL en ese aspecto”.

Por su parte, respecto a la obligación de explotación del modelo de negocio, la misma debe llevarse a cabo siguiendo las instrucciones emitidas por el franquiciador y bajo la supervisión o inspección del mismo. Teniendo esta obligación un carácter general y amplio, puesto que englobaría cualquier actuación que el franquiciado debiese llevar a cabo con el fin de explotar de manera diligente su negocio, el mismo cumplimenta el ejercicio de la obligación a través de la ejecución de otras relacionadas, como la vigilancia del correcto uso de los signos distintivos y la confidencialidad con respecto al *know-how* transmitido, así como mediante el cumplimiento del resto de los deberes asumidos en el contrato celebrado.

Por último, con respecto a la obligación del franquiciado de confidencialidad con respecto al *know-how* transmitido por el franquiciador, el franquiciado se obliga a no revelar ni divulgar los conocimientos secretos transmitidos tras la celebración del contrato y mientras dichos secretos mantengan esa condición. No puede abarcar esta obligación los conocimientos adquiridos durante el ejercicio de la actividad que se deriven de la propia actividad de forma independiente al modelo transmitido, es decir, que se adquieran como consecuencia no de los conocimientos secretos transmitidos sino por el mero ejercicio de la

actividad independientemente de que la misma se realice bajo las instrucciones del franquiciador o de forma independiente.

Esta cláusula de confidencialidad, que incluyen la práctica totalidad de los contratos de franquicia, ha sido admitida por la Comisión Europea en sus decisiones así como por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir del conocido caso *Pronuptia*¹²⁴.

Esta obligación de confidencialidad es exigible al franquiciado desde una doble perspectiva. Por un lado el franquiciado debe guardar secreto sobre los conocimientos transmitidos y, por otro lado, debe adoptar las medidas necesarias para evitar que terceros ajenos al contrato puedan tener conocimiento de los mismos, así como evitar que sus empleados o colaboradores los transmitan¹²⁵.

¹²⁴ Se pueden señalar al efecto las decisiones Campari de 1977, Yves Rocher de 1986, Computerland de 1987 o Servimaster de 1988. Sobre las mismas, y sobre el caso Pronuptia, en extenso, RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas...*, cit.

¹²⁵ En este sentido también MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 122.

CAPÍTULO 2.- LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

I.- NOTAS INTRODUCTORIAS.

El contrato de franquicia, como cualquier contrato mercantil, puede llegar a su fin por diversos motivos. Del mismo modo, la citada finalización de la relación contractual puede venir motivada por un acuerdo entre las partes o como consecuencia de una discrepancia surgida dentro de la relación. No obstante, con el fin de centrar el estudio de la problemática derivada de dicha resolución, resulta adecuado realizar un acercamiento a la terminación del contrato de franquicia en otros supuestos, para poder entender mejor cuales son las diferencias, así como el enfoque dado a este trabajo.

Lo que analizaremos en capítulos posteriores serán las causas y efectos derivados de la terminación del contrato de franquicia, como consecuencia de haber resuelto el mismo por el incumplimiento de una de las partes que, como veremos, son características de este tipo de terminación, y puede ser que no se produzcan en el resto.

De forma general para que se produzca la posibilidad de resolver el contrato de franquicia nos vamos a encontrar ante situaciones de conflicto entre las partes, donde una de ellas ha tenido que incumplir alguna de sus obligaciones y la otra parte se debe encontrar al corriente en el cumplimiento de las suyas.

Es esta característica “voluntaria” del incumplimiento la que separa de manera más evidente este modo de terminación del contrato de franquicia del resto, donde las causas que provocan la terminación no se producen debido a la voluntad de una de las partes, sino a causas externas a los contratantes, como pueden ser las provocadas por fuerza mayor, o por causas previstas y pactadas, como podría ser el fin del plazo establecido en el contrato.

Las obligaciones asumidas por franquiciador y franquiciado en el momento en el que celebran el contrato de franquicia tienen, en su mayoría, el carácter de sinalagmáticas o recíprocas, por lo que la facultad de resolución de dicho contrato se entiende implícita, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, «*para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*». Como estamos viendo el contrato podrá terminar o finalizar por otras causas, pero para que exista la resolución necesitaremos del incumplimiento, con una serie de requisitos y presupuestos, de uno de los contratantes.

II.- POSIBLES FORMAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Para tratar las posibles formas de terminación del contrato de franquicia debemos volver a hacer referencia a algunos aspectos de su naturaleza. Los contratos de franquicia son relaciones jurídicas duraderas con prestaciones

también duraderas¹²⁶, pues las partes se obligan, en virtud del contrato, a la realización de una serie de prestaciones periódicas que perduran a través de un periodo de tiempo prolongado. Siendo más concretos en la determinación del contenido obligacional del contrato de franquicia podemos caracterizar las obligaciones que incluye el mismo como de carácter recíproco o sinalagmático, al generar obligaciones para ambas partes contratantes¹²⁷. Con todo, también es cierto que en el contrato de franquicia existen otras obligaciones puntuales que no se prolongan, y que deben ser cumplidas en un único momento previamente establecido¹²⁸.

Por tanto, deberemos atender a la naturaleza de las obligaciones y, sobre todo, al momento en el que las mismas deben cumplirse, para comprender los posibles efectos que puede tener la terminación del contrato de franquicia según el momento en el que se produzca la misma.

La finalización del contrato se puede producir por acuerdo de las partes o por voluntad de una de ellas. En el supuesto de acuerdo de las partes, los efectos derivados de la terminación del contrato no suelen conllevar

¹²⁶ CARDELÚS, L., *El contrato de franchising*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, pág. 119 define así los contratos de franquicia siguiendo la distinción que realiza Díez-Picazo de los distintos tipos de obligaciones.

¹²⁷ Como ejemplo podemos señalar, como alguna de las más características obligaciones de este tipo dentro del contrato de franquicia, la obligación de pago de derechos o royalties por parte del franquiciado y la obligación de asistencia por parte del franquiciador. Estas dos obligaciones mencionadas se mantienen durante toda la duración del contrato y se pueden catalogar cada una como equivalente o contravalor de la otra.

¹²⁸ Así, podemos hablar de la obligación del pago del canon de entrada por parte del franquiciado, el cual se abona al inicio de la relación, normalmente en el momento de la firma del contrato de franquicia y sin repetición posterior, salvo supuestos de continuación o renovación del mismo.

conflicto alguno. Las partes contratantes deciden finalizar su relación y terminan el contrato antes del plazo previamente fijado, pactando las consecuencias de todo tipo que del fin de su relación contractual puedan derivar. En este supuesto «la ineficacia resultante no se articula con base en una causa específica de extinción de la relación obligatoria, sino que las partes al amparo del art. 1255 CC acuerdan la extinción de la relación contractual conforme a las motivaciones e intereses pertinentes al caso en cuestión»¹²⁹.

En el segundo de los casos, cuando la finalización es consecuencia de la voluntad de una de las partes, ésta debe comunicar a la otra parte su decisión de dar por terminado el contrato y la causa que provoca dicha decisión. En este supuesto nos podemos encontrar diversas causas que pueden llevar a la terminación del contrato, tales como la imposibilidad sobrevenida de la prestación, causas de fuerza mayor, la llegada del plazo estipulado para la finalización del contrato o la resolución de dicho contrato por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

Resulta interesante, dada la posible confusión por su similitud entre distintas causas de terminación del contrato de franquicia, realizar un primer análisis de las mismas, para poder definir con posterioridad de una manera más clara cuando nos encontramos ante causas que supongan o permitan la resolución derivada de un incumplimiento de una de las partes del contrato, franquiciador o franquiciado.

¹²⁹ ORDUÑA MORENO, J., «Extinción de la obligación», *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (AA VV), Tirant lo Blanch, 2001, págs. 203-212.

Cabe señalar, por ejemplo, que la terminación por imposibilidad sobrevenida y la resolución por incumplimiento pueden provocar, por su similitud, una posible confusión entre la calificación de la causa de la terminación entre una u otra. Y ello porque, cuando se produce la imposibilidad de cumplir una obligación, ha tenido lugar un incumplimiento. Pero no siempre que se produzca un incumplimiento nos encontraremos ante la imposibilidad sobrevenida de realizar la obligación¹³⁰, puesto que un contratante puede incumplir su obligación de forma deliberada, pero no ser imposible el cumplimiento de la misma. En cambio, cuando la obligación es imposible de cumplir, siempre nace un incumplimiento. Cosa distinta será que el incumplimiento nacido como consecuencia de la imposibilidad de cumplir la obligación contractual tenga los caracteres necesarios para poder constituirse como causa de resolución del contrato de franquicia.

Siendo por lo tanto la resolución por incumplimiento el eje del presente estudio, vamos a comentar brevemente las otras posibles causas de terminación del contrato de franquicia, dejando la resolución del mismo por incumplimiento para su posterior y más amplio desarrollo.

1. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA.

Por imposibilidad sobrevenida se entiende los casos en los que la prestación u obligación de una de las partes no pueda ser llevada a cabo de

¹³⁰ En este sentido se posiciona CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001, pág. 216.

manera definitiva en el momento en el que corresponde su ejecución, no pudiendo realizarse la misma tampoco con posterioridad¹³¹.

Nuestro Código Civil recoge la imposibilidad sobrevenida para cumplir con la obligación asumida en el artículo 1156, cuando establece que las obligaciones se extinguen por la pérdida de la cosa debida. La norma es desarrollada por los artículos 1182 a 1186. En estos artículos se regula la extinción de la obligación en los supuestos de pérdida o destrucción de la cosa a entregar, y cuando la obligación de hacer fuese imposible de llevar a cabo¹³².

En este sentido la doctrina¹³³ ha señalado que, cuando hablamos de imposibilidad sobrevenida, podemos estar haciendo referencia a situaciones en que el cumplimiento no es posible, después de nacida la obligación, por la acción de diversas causas: la destrucción de la cosa en sentido amplio, el extravío, la antijuridicidad sobrevenida del comportamiento debido o la incapacidad subsiguiente del deudor o del acreedor para desempeñar tales papeles.

También se ha indicado que, la pérdida de la cosa o la imposibilidad de realizar la prestación de hacer, constituyen el supuesto legal de la

¹³¹ CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001.

¹³² El artículo 1182 del Código Civil establece que «*quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora*».

El artículo 1184 del Código Civil señala que «*también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*».

¹³³ CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad...*, cit., pág. 42.

imposibilidad sobrevenida de cumplir, y dicha imposibilidad es la que impide la satisfacción de la otra parte, produciendo su liberación de la obligación recíproca contraída, y la posibilidad, a nuestro entender, de notificar la terminación del contrato firmado por esta causa¹³⁴.

No obstante, la imposibilidad que establece el Código Civil se configura como una imposibilidad objetiva y absoluta, que debe poder argumentarse para cualquier persona y no sólo para el deudor, que deberá haber puesto todos los medios a su alcance con el fin de llevar a cabo la prestación a la que se encuentra obligado. Por ejemplo, no sería imposibilidad sobrevenida si la prestación no pudiese ser ejecutada por el obligado, pero éste pudiese realizar la misma a través de un tercero.

Por otro lado, tampoco se consideraría la imposibilidad sobrevenida como causa de extinción de la obligación cuando la misma consistiese en un mero retraso en el cumplimiento de la prestación, y dicho retraso no supusiese la frustración del fin del contrato. Salvo que el obligado a realizar la prestación haya revelado mediante sus actos una clara voluntad incumplidora.

Con ello, las principales diferencias entre incumplimiento e imposibilidad sobrevenida son, tal y como se establece por la doctrina¹³⁵: Primera, la imposibilidad sobrevenida necesita que transcurra el tiempo establecido para el cumplimiento de la obligación, puesto que hasta que

¹³⁴ Así, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., Volumen II, Tomo I, pág.195.

¹³⁵ Por todos CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad...*, cit., págs. 218-221.

este no se agote se podría cumplir la misma. En cambio, el incumplimiento puede producirse, aunque no exista un plazo establecido para cumplir con la obligación. Segunda, la pérdida de la cosa y la irrealizabilidad de la prestación son causas de imposibilidad sobrevenida, pero pueden no serlo de incumplimiento. Tercera, la voluntad de cumplir por parte del deudor puede tener eficacia en el incumplimiento, pero carece de ella en la imposibilidad sobrevenida. Es decir, el incumplidor puede cumplir si la otra parte admite el cumplimiento o no ha denunciado el mismo, pero cuando la obligación es imposible de cumplir, aunque el incumplidor decida hacerlo no podrá cumplir. Y, cuarta, las acciones que pueden ejercitarse son distintas. Ante un incumplimiento el cumplidor podrá exigir el cumplimiento *in natura*, lo que no podrá exigir nunca cuando se produzca la imposibilidad sobrevenida.

Por lo tanto, la imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la prestación a la que una de las partes venía obligada en virtud de contrato conllevará la terminación del mismo, siempre y cuando la cualidad o persona del contratante imposibilitado se encuentre íntimamente ligada con la ejecución de las prestaciones cuya ejecución ahora deviene imposible, bastando para ello la notificación del contratante cumplidor¹³⁶. Puesto que, si la prestación puede ser realizada por un tercero bajo encargo, la misma se podría cumplir y no tendría que provocar la terminación del contrato.

Los contratos de franquicia recogen, en casi la totalidad de los casos, la necesidad de esa especial vinculación entre franquiciador y franquiciado,

¹³⁶ HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, 2000, pág. 393.

que se expresa mediante la inclusión de la cláusula *intuitu personae* en el contenido contractual de los mismos.

Esta estrecha relación, como se ha analizado en el capítulo anterior, supone que el contrato se confiere en base a las cualidades personales del franquiciado en cuestión, o del órgano de administración de la persona jurídica, cuando el franquiciado lo es. Entendemos que, cuando la cláusula *intuitu personae* haga referencia a estas cualidades personales, la ejecución de las prestaciones, derivadas del contrato de franquicia, vienen íntimamente ligadas con el franquiciado en cuanto a las cualidades o características del mismo y, como consecuencia, la imposibilidad de llevar a cabo dichas prestaciones por parte de dicho franquiciado puede conllevar la terminación del contrato.

No nos parece tan evidente la posibilidad de finalizar el contrato por imposibilidad sobrevenida en base a la alegación de la cláusula *intuitu personae* cuando el franquiciado sea persona jurídica, puesto que la imposibilidad de realizar una prestación concreta puede no tener una relación directa con las cualidades del órgano de administración de la sociedad franquiciada, a no ser que nos encontremos antes sociedades unipersonales, donde órgano de administración y persona física suelen ser la misma.

En este contexto puede declararse que la cláusula *intuitu personae* tiende a configurarse más como una cláusula *intuitu instrumenti*, donde lo importante no serían las cualidades personales, sino las cualidades organizativas o técnicas de la empresa franquiciada. En estos supuestos

parece que la cualidad del contratante no se encuentra íntimamente ligada con la ejecución de la prestación¹³⁷.

Si bien la cláusula *intuitu personae* incluye en los contratos de franquicia refiriéndose exclusivamente a la figura del franquiciado, nada impide la aplicación de la posibilidad de finalizar el contrato de franquicia cuando la imposibilidad sobrevenida no permita al franquiciador llevar a cabo sus prestaciones. Si existe la necesidad de incorporar la cláusula para constatar que el franquiciador celebra el contrato con un interesado en su modelo de negocio, y no con otro, atendiendo a las características personales del mismo, hay que reconocer que dichas características pueden ser tenidas en cuenta también por el franquiciado a la hora de celebrar el contrato de franquicia con un franquiciador y no con otro. Motivo por el que, según las circunstancias del caso, podría llegar sostenerse su vigencia en un contrato, en ausencia de previsión, ex artículo 1258 Cc.

Si bien, en este punto nos encontramos con que la mayoría de los contratos de franquicia, sino su totalidad de los contratos escritos, recogen expresamente la transmisión del contrato por parte del franquiciador, y no se establece dicha posibilidad por parte del franquiciado, a no ser que el franquiciador consienta la misma. Este extremo vendría a reforzar la teoría de la traslación del *intuitu personae* al *intuitu instrumenti*, en lo que hace

¹³⁷ Del mismo modo podemos referirnos a empresas franquiciadoras con una estructura ampliamente desarrollada, donde tiene mayor importancia a la hora de tomar la decisión de unirse a la red por parte del franquiciado la organización empresarial que la figura del creador de la franquicia.

referencia a la figura del franquiciador, puesto que esta parte podría cambiar sin necesidad de la previa autorización del franquiciado.

Por su parte, en el caso de una relación de franquicia derivada de un contrato de master franquicia, como ha apuntado la doctrina¹³⁸, con carácter general, la extinción del contrato de master franquicia conllevará la extinción de los contratos de franquicia celebrados por el master. Se trata de una manifestación del viejo principio romano "*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*" que sitúa el problema en el ámbito de la propagación de las ineficacias (nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión) en los contratos conexos¹³⁹. Si se atiende a la naturaleza del vínculo existente entre los contratos de franquicia celebrados por el master y el contrato de master franquicia estipulado entre éste y el franquiciador, en la medida en que existe una dependencia genética y funcional unilateral entre éstos¹⁴⁰, parece evidente que la extinción del contrato de master franquicia, que constituye un *prius* lógico y cronológico respecto de aquellos, se extenderá a los contratos de franquicia estipulados por el master. La extinción del contrato de master franquicia hará irrealizable la ejecución de

¹³⁸ MARTÍ MIRAVALLS, J., El contrato de master franquicia..., cit., pág. 564-565.

¹³⁹ Se trata de la cuestión de la propagación de las ineficacias en los contratos conexos. Un estudio general al respecto, con análisis de la doctrina y jurisprudencia francesa, italiana y española en LOPEZ FRIAS, A., *Los contratos conexos...*, cit., pág. 293 y ss, quien señala que, con carácter general, no puede afirmarse, sin más, que un efecto de la conexión contractual sea la repercusión de las vicisitudes de un contrato sobre los restantes celebrados, sino que hay que justificarlo y para ello resulta conveniente acudir a la naturaleza del vínculo celebrado.

¹⁴⁰ Se utiliza la terminología propuesta por LOPEZ FRIAS, A., *Los contratos conexos...*, cit., pág. 299, para la que la dependencia entre los contratos es unilateral cuando la configuración o existencia de un contrato depende de otro.

los contratos de franquicia por la imposibilidad sobrevenida del master de cumplir con sus prestaciones¹⁴¹.

Por tanto, recapitulando, la imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la obligación que obligaba a una de las partes puede conllevar la extinción del contrato de franquicia, en relación a su carácter *intuitu personae*, cuando la cualidad o persona del contratante imposibilitado se encuentre íntimamente ligada con la ejecución de la prestación.

2. TERMINACIÓN POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.

La terminación del contrato por causas de fuerza mayor engloba supuestos en los que surja una fuerza mayor imprevisible, irresistible y exterior a las personas y a los bienes afectos al contrato de franquicia que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes del contrato o las dos¹⁴².

Las notas que caracterizan la fuerza mayor son, por tanto, la imprevisibilidad y la inevitabilidad, tenidas ambas en cuenta en el caso concreto. Con respecto a la nota de imprevisibilidad nos encontraríamos ante acontecimientos de los que, observando la realidad y los sucesos que

¹⁴¹ En consecuencia, extinguido el contrato de master franquicia el franquiciador podrá explotar el modelo de empresa en el territorio contractual utilizando la fórmula que más convenga a sus intereses, esto es, actuando directamente explotando establecimientos propios, actuando como franquiciador o, incluso, celebrando un nuevo contrato de master franquicia con un tercero, sin que nada impida que pueda contratar con aquellos que fueron franquiciados del master mediante nuevos contratos de franquicia.

¹⁴² Por todos, sobre la fuerza mayor, CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad...*, cit., pág. 63.

de forma habitual se producen, no hemos podido anticipar su ocurrencia o sus consecuencias. La inevitabilidad hace referencia a la incapacidad para impedir que se produzca el suceso o sus consecuencias¹⁴³.

Aplicado lo antedicho a la relación de franquicia, constituyen supuestos de terminación del contrato por causas de fuerza mayor supuestos en los que desaparezca el fondo de comercio como consecuencia de un cambio en la normativa sectorial que prohíba la actividad franquiciada y que no se hubiera podido prever.

En estos supuestos, y dependiendo de la causa concreta, podríamos encontrarnos con la finalización de todos los contratos de franquicia celebrados por un franquiciador, si la causa afectase al modelo de negocio franquiciado, o imposibilitase la actividad de la franquicia. O a la finalización del contrato de un determinado franquiciado, si la causa afectase de manera exclusiva a la actividad desarrollada por ese franquiciado, al producirse, por ejemplo, una catástrofe natural que provocase la pérdida del local y de los bienes con los que el franquiciado contaba.

Cuando el contrato de franquicia llegue a su fin por causa de fuerza mayor la imposibilidad de no cumplir con la obligación asumida no depende de la voluntad del incumplidor, por lo que la finalización del contrato no puede conllevar la exigencia de indemnización por la otra parte como

¹⁴³ Estas notas son apuntadas por CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad...*, cit., págs. 63-64.

consecuencia de esa terminación anticipada del contrato en base a lo establecido en el artículo 1.105 del Código Civil¹⁴⁴.

La diligencia exigible en estos casos a la parte que no puede cumplir su obligación sería la del «diligente empresario», debiendo preverse los acontecimientos que suceden o pueden suceder en el curso normal de la vida y tomando las medidas precautorias igualmente normales¹⁴⁵.

La principal diferencia entre la resolución por incumplimiento y la terminación del contrato por causa de fuerza mayor radica en que, en los casos de fuerza mayor, no estamos ante un incumplimiento de la obligación, sino ante la imposibilidad de cumplir con la obligación por hechos o acontecimientos ajenos a la voluntad de los contratantes, que no han podido ser previstos o evitados. En estos supuestos no se puede llevar a cabo lo acordado, aunque exista voluntad de hacerlo, y no existe esa voluntad de contravenir el acuerdo alcanzado.

3. TERMINACIÓN POR FIN DE PLAZO.

El contrato de franquicia, como cualquier otro contrato de duración determinada, concluye cuando el plazo establecido en el mismo llega a su término. En este supuesto no nos encontraríamos ante una terminación del

¹⁴⁴ El artículo 1.105 del CC establece que «*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*».

¹⁴⁵ En este sentido DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., Volumen II, Tomo I, pág. 205.

contrato antes de plazo previsto, como sucedería en las formas de terminación vistas anteriormente, o en el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento, sino que nos encontramos ante una auténtica finalización o extinción de la relación contractual. Si bien, en no pocos contratos de franquicia se prevé la posibilidad de prorrogar el contrato antes de la finalización del mismo mediante un preaviso, de forma automática si no existe comunicación en contrario, o mediante el pago de un canon de renovación.

Tanto la Propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución, elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, publicada en febrero de 2006, artículo 21, como la Proposición de Ley de contratos de distribución, presentada a las Cortes Generales en abril de 2008, artículo 23, y el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución 2011, artículo 22, recogen expresamente que el contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado. No obstante, los contratos de distribución por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

Íntimamente relacionado con la terminación del plazo, y como desarrollaremos posteriormente, se ha apuntado que la extinción del contrato de franquicia por transcurso del término plantea problemas derivados de la importante inversión realizada por el franquiciado, del posible *stock* adquirido por el mismo y de la cláusula de no competencia postcontractual, planteando la posibilidad de establecer una compensación

a favor del franquiciado en el supuesto de que no se produzca la prórroga del contrato¹⁴⁶. Esta opinión no puede compartirse.

Como ha señalado la doctrina¹⁴⁷, la integración en la red de franquicia conlleva, en la mayoría de ocasiones, que el nuevo miembro adquiera una obligación de organizar su empresa en mayor o menor medida en función de las particularidades de ésta, lo que, obviamente, está directamente relacionado con la política de inversiones a realizar¹⁴⁸. Normalmente, a mayor integración, mayores inversiones deben realizarse para -y durante- la ejecución del contrato de franquicia. Además, estos contratos a través de los que se constituyen las redes de franquicia se caracterizan por ser contratos de carácter duradero e *intuitu*, lo que conlleva que sean contratos impregnados por un especial deber de lealtad y confianza recíproca entre las partes¹⁴⁹. La regla general es que esas inversiones realizadas por el franquiciado, como empresario independiente que es, forman parte de su

¹⁴⁶ CARDELÚS, L., *El contrato...*, cit., págs. 117-120.

¹⁴⁷ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 161-162.

¹⁴⁸ Como señala, en un magnífico trabajo, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10, 2012, págs. 15-54 (41): “en la actualidad, la colaboración entre los empresarios integrados en una misma red implica que el organizador de la misma obliga a la realización de inversiones específicas que se realizan en su interés y por su indicación expresa. Los distribuidores probablemente podían conseguir resultados análogos sin necesidad de realizar dichas inversiones, que son forzadas para el mayor lucimiento y promoción de la marca del proveedor o para el cumplimiento del método operativa que este diseña”. Siendo ello cierto, también lo es que conseguir una “imagen de marca” se trata de un interés legítimo de la red. El problema está en que hasta el momento no se ha ofrecido una adecuada solución a la ecuación “inversiones-desistimiento-indemnización” que organice adecuadamente los distintos intereses en juego -de ahí la oportunidad de este trabajo-.

¹⁴⁹ MARTINEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, 1998, pág. 287.

riesgo empresarial que asume. Por tanto, como ha señalado la doctrina, para que las inversiones puedan llegar a presentar la condición de daño indemnizable será necesario establecer un criterio de imputación de responsabilidad que se instituya en causa del perjuicio patrimonial producido al distribuidor¹⁵⁰.

En lo que aquí interesa, en los contratos de franquicia de duración determinada, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que el franquiciado está en posición de valorar, incluso desde una fase precontractual, si va a poder amortizar la inversión en atención a sus concretas expectativas de ganancias. En este sentido, el riesgo sobre la amortización de las inversiones forma parte de riesgo empresarial asumido por el franquiciado y, por tanto, expirado el tiempo del contrato y producida la extinción regular del mismo, no procede ningún planteamiento indemnizatorio¹⁵¹. En cambio, en los contratos de duración indeterminada, la ausencia de un referente temporal, unida a la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* sometida al preaviso, altera significativamente la regla de que las inversiones realizadas por el distribuidor son siempre riesgo empresarial asumido por éste¹⁵².

¹⁵⁰MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 308.

¹⁵¹ Por todos, MORALEJO MENÉNDEZ, I., “*El contrato mercantil...*”, op.cit., pág. 308, quien señala que “*puede afirmarse que en estos contratos de duración determinada no concurre, en puridad, la noción de gastos de confianza y que, por tanto, el riesgo de una falta de amortización de las inversiones específicas durante el período en que el contrato despliega sus efectos debe ser soportado por el distribuidor*”. En la doctrina comparada, PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Jovene, 1979, pág. 325.

¹⁵² En este sentido, en extenso, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Las redes de franquicia...*, cit., pág. 163.

Por tanto, tratándose franquiciador y franquiciado de empresarios independientes, el franquiciado debe de saber medir el riesgo derivado del contrato y de la actividad ejercida, y asumir el mismo¹⁵³. Y no procedería una indemnización a favor del franquiciado en el caso de que el franquiciador no conceda la prórroga del contrato, puesto que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho acordado por las partes y del que el franquiciado tenía conocimiento y, por tanto, conocía la posibilidad de que el contrato no se prorrogase independientemente de la inversión realizada¹⁵⁴.

La terminación del contrato de franquicia por fin de plazo no plantea especiales problemas en lo que se refiere a la terminación propiamente dicha. Nos encontramos, por tanto, ante una terminación pactada de la relación contractual y sus consecuencias, normalmente pactadas, son el fin del derecho de uso del modelo de empresa y sus elementos –básicamente, signos distintivos y know-how-.

4. TERMINACIÓN POR RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, entendemos por resolución «la extinción sobrevenida de una relación obligatoria que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción judicial, que no es, sin embargo, reflejo de una facultad absolutamente libre,

¹⁵³ HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 399.

¹⁵⁴ Todo ello sin perjuicio de la hipotética compensación –que no indemnización- por clientela, que se analizará posteriormente en sede de consecuencias del incumplimiento.

sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución»¹⁵⁵.

Ahondando un poco más en la definición que nos ocupa, la doctrina apunta que la resolución por incumplimiento «es el derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por la parte cumplidora, mediante demanda judicial o por declaración dirigida a la otra parte y encaminada a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición de intereses inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte»¹⁵⁶.

Habiendo señalado con anterioridad que las obligaciones asumidas por franquiciador y franquiciado en virtud de la celebración del contrato de franquicia tienen, en su mayoría, el carácter de sinalagmáticas o recíprocas, la facultad de resolución de dicho contrato se entiende implícita, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, «*para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*».

Además de las diferencias con otras formas de terminación del contrato vistas *supra*, debemos señalar que en la resolución por incumplimiento «el presupuesto del ejercicio del derecho (la inejecución de una de las obligaciones) es un hecho sobrevenido, que es ajeno al origen de la

¹⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., Volumen II, Tomo I, pág. 253.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, 2003, pág. 75.

relación»¹⁵⁷, a diferencia de lo que sucede con otros derechos como la anulación y la rescisión, donde el presupuesto es inherente al contrato mismo.

Por todo ello nos vamos a centrar para el estudio de la resolución del contrato de franquicia, dada la dicción del artículo 1.124 del Código Civil, en los supuestos en los que se produce un incumplimiento de las obligaciones asumidas y es ese incumplimiento el que posibilita la resolución del contrato de franquicia antes de que finalice el plazo establecido para ello.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA DE DURACIÓN INDEFINIDA.

Si bien la mayoría de los contratos de franquicia escritos se celebran con determinación de su plazo de vigencia y, como ya hemos comentado, con posibilidad de prorrogar la duración establecida, sea de forma tácita o mediante la correspondiente negociación de nuevas condiciones, en ocasiones el contrato puede devenir en contrato de duración indefinida, principalmente cuando se sigue ejecutando tras el cumplimiento del plazo, por lo que resulta procedente analizar algunas de las singularidades que se pueden encontrar cuando el contrato de franquicia es o deviene de carácter indefinido.

En primer lugar, debemos señalar que en los casos en los que se solicite la resolución del contrato de franquicia como consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones de las partes, se tratarán igual

¹⁵⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 77.

los contratos, independientemente de la duración pactada para los mismos. Es decir, la duración del contrato, se haya establecido o no, no influye en los supuestos de resolución por incumplimiento, puesto que en dichos supuestos no tenemos en cuenta la duración, por tratarse siempre de una terminación del contrato anterior a la finalización del mismo. La duración índice en los efectos económicos del incumplimiento, es decir, en el elemento indemnizatorio, no en la causa del mismo.

En segundo lugar, debemos señalar que los contratos con duración indefinida pueden finalizar por decisión unilateral de una de las partes sin necesidad de que se alegue causa alguna para la finalización de la relación. Aquí reside la principal diferencia con la resolución por incumplimiento. Esta posibilidad de desistimiento unilateral *ad nutum* deriva del principio según el cual nadie puede estar ligado a un contrato de forma perpetua.

En efecto, en los contratos de duración indeterminada, como consecuencia del principio según el cual nadie puede estar encadenado a un vínculo contractual de forma perpetua, se hace necesaria la configuración de un instrumento que permita a las partes liberarse del contrato por tiempo indeterminado. Este mecanismo es, precisamente, la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum*¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Para KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, 1997, pág. 376, el fundamento último de este proceder está en la libertad individual reconocida a nivel constitucional. A su vez, el desistimiento debe distinguirse de la oposición a las prórrogas del contrato, tal y como han señalado las STS de 23 enero 2007 y 13 de febrero de 2009, pues ésta no está sujeta a los rigores temporales del preaviso, aunque en ambos casos se produce el mismo efecto: la terminación del contrato conforme a lo previsto y, en principio, sin derecho a indemnización -extinción regular del contrato-.

Este desistimiento o terminación del contrato se debe de formalizar mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio¹⁵⁹. Exigiéndose que la misma se realice mediante la observancia del principio de la buena fe, manifestándose el mismo, entre otros aspectos, en la necesidad de que se otorgue a la otra parte un preaviso y que la ruptura, como señala la doctrina, no sea inoportuna ni sorpresiva¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Actualmente, en lo relativo a la expresión de la voluntad del desistimiento, dada la ausencia de regulación expresa para los contratos de distribución, parece que debe regir el principio de libertad de forma, sin perjuicio de que resulte conveniente la forma escrita como medio que asegura la prueba de la emisión inequívoca de la voluntad del emisor de terminar la relación. Ahora bien, el carácter escrito del preaviso para los contratos de distribución es una medida común a todos los textos prelegislativos: así, artículo 22.1 PALCD 2006; artículo 24.1 PpLCD 2008; y artículo 23.1 PLCD 2011: *“El contrato concluido por tiempo indefinido se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso formulado por escrito”*. Además, como es sabido, en nuestro ordenamiento, para el contrato de agencia, el artículo 25 LCA ya exige la forma escrita. En este caso, cuando la forma escrita se encuentra legalmente prevista en el contrato de agencia, la doctrina ha entendido que el desistimiento verbal, así como el conocimiento extraoficial de que se va a producir la situación de denuncia, habrá de reputarse carente de efecto alguno, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, 1998, pág. 196.

¹⁶⁰ Así, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El desistimiento unilateral...*, cit., pág. 105, quién apunta que el preaviso se instituye en el mecanismo más adecuado para compaginar los distintos intereses en juego. Su finalidad estriba, fundamentalmente, en evitar una ruptura sorpresiva y permitir al otro contratante adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la nueva situación marcada por la inminencia extinción del contrato. En efecto, el preaviso tiene como finalidad proporcionar a la parte desistida un periodo de tiempo para que pueda adoptar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que una brusca ruptura de la relación ocasionaría. En este sentido, el preaviso actúa como elemento corrector de la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* que cualquiera de las dos partes del contrato ostenta, al permitirle *“tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue”* -STS de 21 de noviembre de 2005-. El correcto ejercicio de este derecho, en principio, produce la extinción regular del contrato de duración indeterminada y, por tanto, como regla general, no procedería ningún planteamiento indemnizatorio. Así, entre otras, STS de 25 de enero de 1996, de 9 de febrero de 1998, 16 de diciembre de 2003, la citada de 21 de noviembre de 2005 y la más reciente STS de 15 de marzo de 2011: *“Como regla, del desistimiento de la distribución por tiempo indefinido no deriva la obligación de indemnizar, afirmando la sentencia 1199/2003 de 16 diciembre que “en relación con los contratos de distribución en exclusiva pactados sin plazo de duración o de duración indefinida, como es el que origina este litigio, dice la sentencia de 28 de enero de 2002 que «la reiterada jurisprudencia de esta Sala admite el*

En este sentido hay que destacar que, como ha apuntado la doctrina, el preaviso no trata de eliminar el riesgo empresarial; pero sí de no agravarlo¹⁶¹. En este sentido, en los contratos de distribución de duración indeterminada el distribuidor no está en posición de valorar ni controlar el riesgo empresarial que asume respecto de las inversiones que realiza para la correcta ejecución del contrato. La gestión de dicho riesgo está en manos la contraparte, que tiene la facultad de desistir unilateralmente del contrato, únicamente sometido a la obligación de preavisar. Este es el riesgo empresarial que asume el distribuidor en los contratos de duración indeterminada, no el de la falta de amortización de sus inversiones, sino el que la contraparte ejerce su facultad de desistimiento unilateral¹⁶².

desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la terminación. De lo contrario sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe (sentencias, entre otras, de 24 de febrero y 23 de julio de 1993)". Como sostiene la sentencia 892/2006 de 29 septiembre, tal indemnización está subordinada a que "se acredite que la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior (sentencias de 18 de julio de 2000, 13 de junio de 2001, 22 de abril de 2002, 16 de diciembre de 2003, 9 de febrero de 2004, 6 de junio de 2006)". En conclusión el desistimiento unilateral del contrato de distribución, como regla, no da lugar a indemnización alguna a favor de la otra parte, y en caso de mediar mala fe o abuso en la forma de ejercitar la facultad de desistir la indemnización nada más comprende los eventuales daños y perjuicios provocados por ilicitud pero no los derivados del desistimiento, ya que, a la postre, son los contratantes quienes definen la duración, exclusiva, territorio, cuantía de la comisión, plazo de preaviso en su caso, posible indemnización por clientela, etc. en función de las características del producto o servicio distribuido, tiempo necesario para rentabilizar la inversión y cuantos otros factores que influyen en las decisiones comerciales".

¹⁶¹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El desistimiento unilateral...*, cit., pág. 106.

¹⁶² En este sentido parece pronunciarse DIEZ-PICAZO, L., *Dictámenes jurídicos*, Civitas, 1987, pág. 167, cuando señala en relación con un contrato de distribución de duración indeterminada que "el riesgo derivado de la denuncia del contrato debe haber sido previsto por el concesionario". En la jurisprudencia, también parece sostener esta posición la STS de 15 de marzo de 2011, FJ^o 4: "La sentencia recurrida argumenta el rechazo de aquellos conceptos indemnizatorios demandados por las recurrentes que no derivan de la subrepticia modificación del contrato, razonando correctamente que "la resolución sin respetar un plazo

Tal y como veremos en el capítulo correspondiente a los efectos de la resolución del contrato de franquicia, los derivados de la terminación por decisión unilateral, del mismo modo que aquellos, no se configuran con carácter retroactivo, sino que la misma tiene efectos desde el momento en el que se recibe la comunicación por la otra parte o desde la fecha que se establezca en la notificación¹⁶³.

Tienen las partes la facultad recíproca de desistir unilateralmente del contrato de franquicia, incluso cuando tal posibilidad no esté prevista en el mismo contrato, cuando concurren tres circunstancias: que se trate de relaciones obligatorias duraderas, en las que exista un *intuitu personae*, y no tengan previsto un plazo de duración temporal¹⁶⁴.

Ahora bien, el derecho de las partes a desistir del vínculo negocial no es un derecho absoluto o ilimitado. Su ejercicio está sometido a ciertos límites. La ausencia de una regulación legal obliga a acudir al principio de buena fe para extraer las reglas básicas que determinan su válido ejercicio *ex* artículos 7 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. Puesto que en los contratos por tiempo indeterminado se sacrifica el interés de uno de los

de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración"..."

¹⁶³ Sobre las características apuntadas se puede ver, ORDUÑA MORENO, J., «Extinción de la obligación», *Derecho Civil...*, cit., págs. 211-212. Sobre los efectos *ex nunc* de la terminación por denuncia unilateral también podemos ver HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 433.

¹⁶⁴ Así parece pronunciarse MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág. 478.

contratantes a continuar con la relación jurídica en favor del otro contratante que desea desligarse de ella, se debe procurar que el contratante desistido sufra el menor perjuicio posible a causa de la extinción *ad nutum* del contrato, tratando de reducir el mismo. En consecuencia, el desistimiento unilateral debe ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe tanto subjetiva como objetiva, de lo que se deriva la necesidad para la parte que desiste de mantener un comportamiento diligente y no mal intencionado, y acorde con lo esperable en un sujeto con el que se ha mantenido una estrecha relación comercial duradera fundada en la confianza. De ello se deriva la necesidad de observar un período de preaviso¹⁶⁵.

La finalidad del preaviso consiste en evitar una ruptura sorpresiva y permitir al otro contratante adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la nueva situación marcada por la inminente extinción del contrato, proporcionándole un periodo de tiempo para que pueda paliar los perjuicios que le pueden ocasionar la finalización del contrato. En este sentido, el preaviso actúa como elemento corrector de la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* que cualquiera de las dos partes del contrato ostenta, al permitirle «tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue»¹⁶⁶.

El preaviso, por tanto, no trata de eliminar el riesgo empresarial; pero sí de no agravarlo. En este sentido, en los contratos de distribución de

¹⁶⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El desistimiento unilateral...*, cit., pág. 105.

¹⁶⁶ En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005.

duración indeterminada el distribuidor no está en posición de valorar ni controlar el riesgo empresarial que asume respecto de las inversiones que realiza para la correcta ejecución del contrato. La gestión de dicho riesgo está en manos de la contraparte, que tiene la facultad de desistir unilateralmente del contrato, únicamente sometido a la obligación de preavisar. Este es el riesgo empresarial que asume el distribuidor en los contratos de duración indeterminada, no el de la falta de amortización de sus inversiones, sino el que la contraparte ejercite su facultad de desistimiento unilateral¹⁶⁷.

No obstante, en los contratos de franquicia la finalidad correctora del preaviso puede no cumplirse por insuficiente, dadas las elevadas inversiones que, en ocasiones, el franquiciado ha tenido que realizar¹⁶⁸. Por ello, en el ámbito de los contratos de franquicia, y de distribución en general, pueden llegar a confrontarse o chocar dos principios propios del

¹⁶⁷ Esta opinión la expone MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 106.

¹⁶⁸ En nuestro ordenamiento jurídico no existe un único criterio para determinar la duración del plazo del preaviso en el ejercicio de la facultad de desistimiento. En materia de contratos de distribución la regla que se deriva de la jurisprudencia es que, ante la ausencia de una regulación expresa, a diferencia del contrato de agencia, el plazo de preaviso es dispositivo, por lo que cuando los plazos son pactados en el contrato los Tribunales españoles no suelen cuestionarlos. Esta es también la posición que mantienen los distintos textos prelegislativos sobre la materia. Así, artículo 22.2 de la Propuesta del 2006, el artículo 24.2 de la Proposición del 2008 o el artículo 23.2 del Proyecto del 2011, que establece que: «*El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. Si el contrato hubiera estado en vigor por un período inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Las partes podrán pactar plazos de preaviso superiores a los establecidos pero no renunciar o establecer plazos inferiores. Los plazos de preaviso deberán ser iguales para ambas partes*».

Derecho Contractual¹⁶⁹: por una parte, que en los contratos de duración indeterminada el desistimiento unilateral *ad nutum* con preaviso produce la extinción regular del contrato, eliminándose planteamientos indemnizatorios; y, por otra, que no se puede perjudicar a quién cumple el contrato -precisamente por cumplir con sus obligaciones de inversión- y, más aún, en una relación basada en la confianza mutua entre las partes.

III. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA RESOLUCIÓN.

La resolución es uno de los medios de tutela de que dispone la parte cumplidora del contrato en el que se establecen obligaciones de carácter recíproco, además de una de las posibles formas de terminación anticipada del contrato de franquicia. Frente al incumplimiento, la parte cumplidora puede optar por exigir el cumplimiento del contrato o poner fin al mismo sin esperar su finalización mediante la resolución.

Esta resolución por incumplimiento viene establecida en el artículo 1.124 del Código Civil, del que nos interesan principalmente, para el objeto del presente trabajo, los dos primeros párrafos: «*La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abonos de intereses en

¹⁶⁹ Tal y como ha apuntado MARTÍ MIRAVALLS, J., *El desistimiento unilateral...*, cit., pág. 107.

ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

El artículo 1.124 Cc es muy genérico en cuanto al tipo de incumplimiento que es necesario para poder resolver las obligaciones. No recoge exigencia alguna al respecto, pudiendo resolver el contrato cuando uno de los obligados no cumpliera. Bajo una lectura literal sería suficiente, por tanto, la falta de dicho cumplimiento sin entrar a valorar la importancia del mismo o si frustra el fin perseguido con la firma del contrato, etc., pudiéndose llegar a resolver, por ejemplo, cuando existiese un retraso en el cumplimiento y no supiésemos si el mismo se iba a producir.

Ahora bien, como es sabido, tanto doctrina como jurisprudencia han entendido que dicha generalidad del artículo 1.124 Cc supone una inseguridad en el tráfico jurídico, y han ido perfilando las características y requisitos necesarios para entender cuando un incumplimiento puede ser invocado por una de las partes con el fin de obtener la resolución del contrato de franquicia.

Así, el Tribunal Supremo ha ido restringiendo el ámbito de aplicación del artículo 1.124 Cc mediante la cualificación del incumplimiento que puede dar lugar a la resolución, caracterizándolo como un tipo de incumplimiento específico dotado de unas características diferentes a las que envuelven a cualquier otro incumplimiento no resolutorio¹⁷⁰.

¹⁷⁰ En este sentido se expresa DE LA HAZA DÍAZ, P., *El incumplimiento resolutorio, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, 1996, pág. XXII.

En el presente epígrafe vamos a tratar de configurar los requisitos necesarios para que el incumplimiento llevado a cabo por franquiciador o franquiciado pueda permitir a la parte cumplidora instar la resolución del contrato, siguiendo el análisis llevado a cabo por doctrina y jurisprudencia hasta la fecha.

1. NOTAS GENERALES.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.124 del Código Civil podemos destacar, siguiendo a la principal doctrina¹⁷¹, que en el mismo se establece una facultad de la parte cumplidora del contrato en orden a elegir

¹⁷¹ Seguimos en estas conclusiones lo expuesto por CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 28. De forma muy similar y basándose en sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 8 de julio de 1952, 26 de marzo de 1976 y 21 de marzo de 1994, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs., 175-177, establece como requisitos para poder ejercitar la resolución por incumplimiento: La reciprocidad de las obligaciones. La inexecución de una o varias de las obligaciones contractuales. El previo cumplimiento del acreedor que pide la resolución. La existencia en el deudor de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o la aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida. DELL'AQUILA, por su parte reduce las características del incumplimiento resolutorio a dos; la voluntad deliberadamente o manifiestamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o, en su caso, un hecho obstativo que impida el mismo y una importancia del incumplimiento en la economía del contrato que justifique la resolución; si bien entiende que además, como condiciones necesarias para la aplicación del 1.124 se deberá justificar que nos encontremos ante obligaciones recíprocas, que las mismas sean exigibles y que el reclamante haya cumplido. DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1981, págs. 170-171. Por su parte, MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, 2016, pág. 120, y basándose en la doctrina jurisprudencial entiende como requisitos necesarios para la viabilidad de la acción resolutoria los siguientes: 1) que exista un vínculo contractual vigente. 2) que las prestaciones estipuladas sean exigibles y recíprocas. 3) que la parte demandada haya incumplido gravemente sus obligaciones. 4) que el incumplimiento se haya producido como consecuencia de una conducta que de modo indubitado, definitivo e irreparable lo haya originado. 5) que el ejercitante de la acción no haya incumplido sus obligaciones, salvo si ello se hubiera producido como consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte.

entre el cumplimiento o la resolución del mismo y, en ambos casos, con resarcimiento de daños y perjuicios.

Igualmente, que la facultad se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas, sin necesidad de pacto expreso. En este mismo sentido se expresa la mejor doctrina¹⁷², al señalar que la facultad resolutoria se entiende implícita y que se configura como un medio de protección de la parte que sufre el incumplimiento debido a que las partes firman sus contratos pensando que se van a cumplir, permitiéndoles la facultad resolutoria no quedar vinculados a lo pactado ante el incumplimiento y poder recuperar lo que hubiese cumplido.

Al respecto, también se indica que el fundamento de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento se encuentra en la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral, en el cual las obligaciones asumidas por cada una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte¹⁷³.

También, que se produce en el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, si bien debemos añadir que en determinados supuestos se puede resolver también cuando han incumplido ambos

¹⁷² DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., Volumen II, Tomo I, pág., 253.

¹⁷³ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 117.

En el mismo sentido señala DE LA HAZA DÍAZ, P., *El incumplimiento resolutorio...*, cit., pág. 8, que para que proceda el remedio resolutorio es necesario que el principio de reciprocidad entre las contraprestaciones esté perfectamente caracterizado, procediendo la resolución sólo cuando las prestaciones funcionen como enlazadas o interdependientes.

obligados, debiendo producirse en estos casos uno de los incumplimientos como consecuencia del otro¹⁷⁴. Es decir, en principio no puede solicitar la resolución una parte que haya incumplido sus obligaciones, a no ser que dicho incumplimiento haya sido consecuencia directa del incumplimiento de la otra parte contratante.

En tal sentido se posiciona, entre otras, la Sentencia nº 374/2008, de 30 de julio, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, al reflejar en su Fundamento de Derecho Tercero que quien ejercita la acción de resolución no puede haber incumplido sus obligaciones, «salvo si ello concurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso»¹⁷⁵.

Recientemente la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos también se refiere a esta cuestión, señalando en su Fundamento de Derecho Cuarto que «quien solicita la resolución del contrato ha de obrar con buena fe y por ello no puede pedir la resolución quien previamente ha incumplido sus obligaciones contractuales. En el presente caso es obvio que la franquiciada demandada dejó de pagar parte del precio convenido como derecho de

¹⁷⁴ En tal sentido MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 189 y CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 175.

¹⁷⁵ En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986, 24 de mayo de 1991, 16 de abril de 1991 o 13 de mayo de 2004 o la Sentencia nº 267/2007, de 4 de junio, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, que contiene en su Fundamento de Derecho Segundo exactamente las mismas palabras que las aquí reflejadas.

entrada por la adquisición de la franquicia, pese haberla reclamado el actor tal pago. Ahora bien, tal impago se justifica por el previo incumplimiento del franquiciador».

También la Sentencia nº 231/2016, de 31 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, la cual, tras realizar un acercamiento a la *exceptio non adimpleti contractus*, partiendo de la bilateralidad del contrato de franquicia, y tras indicar que según repetida jurisprudencia «está justificado el incumplimiento contractual por una de las partes si está motivado por el manifiesto de la otra», acaba señalando que «la franquiciadora demandante no puede exigir a la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones, ante el cumplimiento de sus obligaciones esenciales».

Como ejemplo, no podría reclamar la resolución del contrato de franquicia el franquiciado que hubiese dejado de abonar sus pagos mensuales, a no ser que dicho impago se hubiese producido como consecuencia del incumplimiento previo del franquiciador de su obligación de asistencia técnica. O, como ejemplo contrario, no podría reclamar la resolución un franquiciado que alegase incumplimiento del franquiciador por falta de suministro cuando hubiese dejado antes de abonar los derechos correspondientes¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En este sentido se posiciona el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 6410/2005, de 21 de octubre, cuando establece en su Fundamento de Derecho Segundo que «los contratos de franquicia de autos quedaron extinguidos extrajudicialmente por voluntad de las partes mediante comportamientos inequívocos. La Sentencia recurrida aprecia incumplimiento contractual únicamente de las franquiciadas, pues aún en el caso de que JACADI SA

No obstante, en ocasiones, los Tribunales tienden a adoptar una decisión práctica, como es la de entender que, en el supuesto de que existan incumplimientos por ambas partes y ambos contratantes hayan comunicado a la parte contraria la resolución del contrato de franquicia, existe un mutuo disenso del contrato y aplican el artículo 1.124 como consecuencia de los recíprocos incumplimientos. Posición que en ningún caso puede compartirse. El mutuo disenso exige consentimiento de las dos partes en extinguir. Y el incumplimiento es una institución ajena a la voluntad de extinguir.

En tales términos se expresa el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia nº 413/2012, de 27 de junio, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid al señalar que «ambas partes están incurso en incumplimientos esenciales y lo que lleva por tanto la aplicación de recíprocos incumplimientos y del artículo 1124 cuya consecuencia es equivalente al mutuo disenso».

En un sentido similar la Sentencia nº 416/2010, de 17 de septiembre, de la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid que señala en su Fundamento de Derecho Sexto, después de indicar «que no puede pedir la resolución del contrato quien ciertamente incumplió» y que habría que estar a la importancia de los incumplimientos, que «lo que es evidente es que los mutuos reproches de incumplimiento que puedan imputarse cada una de las partes intervinientes en un contrato, justificando

interrumpiera el suministro de mercancía, lo justifica por el incumplimiento previo de aquellas, al no serle tal obligación exigible dada la falta de pago».

en ellos cada uno de los mismos la resolución del contrato, resultan equivalentes en la práctica a la extinción del contrato por mutuo disenso, como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2008».

Pues bien, como se ha dicho, se puede optar por el cumplimiento y, si éste es imposible, pedir después la resolución del contrato. La resolución no se produce de manera automática, al ser una facultad que corresponde al cumplidor de las obligaciones y, como hemos apuntado, poder optar por exigir el cumplimiento del contrato. De otra manera quedaría en manos de una de las partes provocar la finalización del contrato con el mero incumplimiento de sus obligaciones¹⁷⁷.

Por ejemplo, bastaría que un franquiciador al que le interesase disponer de una zona de exclusividad ya otorgada cesase su aprovisionamiento al franquiciado para que el contrato quedase resuelto y, así, poder actuar directamente en el territorio. Si los beneficios a obtener superasen la indemnización a satisfacer el franquiciador tendría incentivos para realizar ese tipo de maniobras oportunistas y/o torticeras, contrarias al ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe, artículo 7.1 Cc.

El contrato de franquicia incluye obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, y otras que no revisten tal naturaleza. La resolución sería posible para los supuestos de que la obligación incumplida tuviese la condición de recíproca, y no para las obligaciones que tuviesen carácter de

¹⁷⁷ En tal sentido CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs., 39-40.

independientes. En estos casos «la sinalagmaticidad va más allá de la simple relación entre dos obligaciones que tienen idénticos titulares que ocupan las posiciones de acreedor uno y deudor el otro (caso en el que podríamos hablar simplemente de contratos bilaterales), la sinalagmaticidad es más bien una cualidad derivada del hecho de que las obligaciones nacen como recíproca la una de la otra y, por tanto, la reciprocidad es inherente a la obligación»¹⁷⁸. La exigencia de obligaciones recíprocas hace necesario que para instar la resolución sea indispensable el principio de reciprocidad entre las prestaciones, debiendo existir una relación de interdependencia entre las mismas.

Como ha apuntado la doctrina, no es preciso que las prestaciones sean equivalentes, basta que cada parte vea en la prestación de la otra una compensación suficiente a su propia prestación. Cada una de las partes se obliga a fin de obtener el cumplimiento de la otra; es en razón de esta interdependencia por la que se justifica que, si una parte no recibe la prestación que espera para el cumplimiento del contrato, pueda proceder a resolver el vínculo que no le interese¹⁷⁹.

No obstante, cabe la posibilidad de que las partes pacten en el contrato la resolución para cualquier incumplimiento derivado de las obligaciones establecidas en el mismo, lo cual sería posible ex artículo 1.255 Cc. En estos supuestos nos encontraríamos ante una resolución *ipso iure* del contrato,

¹⁷⁸ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág., 93. La frase entre paréntesis es propia.

¹⁷⁹ MATORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág., 179.

independientemente de la relevancia que se le otorgue al incumplimiento¹⁸⁰ -cuestión esta que analizaremos más adelante-

En consecuencia, las partes pueden elevar a la condición de principal la obligación que objetivamente es sólo accesoria, o pueden prever que determinados incumplimientos, en principio sin suficiente relevancia objetiva, facultan al acreedor para resolver¹⁸¹.

Es habitual que los contratos de franquicia recojan cláusulas en las que se faculte a la parte cumplidora para resolver el contrato por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el mismo, sin tener en consideración la importancia de las mismas o la naturaleza recíproca o no de las obligaciones incumplidas. Dicha posibilidad se encuentra limitada, no obstante, por el principio de buena fe que rige el cumplimiento del contrato y, en base a dicho principio, los Tribunales podrán moderar la efectividad de dichas cláusulas si la obligación incumplida representa una mínima importancia en la economía del

¹⁸⁰ En tal sentido TRIPODI, E.M., PANDOLFINI, V., IANNOZI, P., *Il manuale del Franchising*, Giuffré Editore, 2005, pág., 573 y GABALLO, F., GIANCRISTOFARO, A., VALENTE, E., y otros, *Il nuovo contratto de franchising. Guida pratica de la nuova disciplina*, Magioli, 2005, pág., 99. En este sentido también se expresa ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs., 127-155, al señalar que el artículo 1.124 del Código Civil es una norma de carácter dispositivo, por lo que prevalecen los pactos de las partes en el contrato. Las partes pueden acordar que el incumplimiento de una cláusula concreta o de todas las recogidas en el contrato provoquen la resolución del mismo, sin necesidad de tener que recurrir al artículo 1.124.

¹⁸¹ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág., 418.

contrato¹⁸², y siempre y cuando la resolución del contrato llegue a los tribunales¹⁸³.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la posible resolución extrajudicial de los contratos de franquicia en diversas ocasiones. El Tribunal Supremo, en la Sentencia nº 5290/2012, de 18 de julio, en relación a la válida resolución extrajudicial de un contrato de franquicia de la marca NACEX y solicitud de indemnizaciones, establece en su Fundamento de Derecho Octavo que «cuando los particulares se obligan con carácter recíproco, de tal forma que la obligación de uno de ellos tiene por causa la del otro, el sistema autoriza a reaccionar frente a los incumplimientos de una de las partes y faculta a quien cumplió para que exija su cumplimiento o la resolución», tal y como establece el artículo 1.124 del Código Civil.

Señala también en el mismo fundamento y haciendo referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo nº 1048/2004, de 27 de octubre, y nº 700/2005, de 3 de octubre, que la facultad de resolución puede ejercitarse mediante mera declaración sin necesidad de forma y mediante notificación a la otra parte, «de suerte que la intervención de los organismos

¹⁸² MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., págs., 181-182. Sobre la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil y el respeto en su aplicación al principio de buena fe también hace referencia MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs., 498-499.

¹⁸³ Con ello queremos indicar que la validez de la cláusula que establezca la posibilidad de resolver el contrato por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que figuren en el contrato se discutirá sólo si la parte incumplidora no muestra su conformidad con la resolución, aplicándose la misma y no limitándose en cualquier otro caso.

jurisdiccionales sólo es menester cuando el afectado discuta la eficacia de la declaración potestativa»¹⁸⁴.

En la misma línea establece el argumento la Sentencia nº 5933/2009, de 30 de julio, del Tribunal Supremo, al matizar que la comunicación de la resolución no produce efectos resolutorios cuando la parte contraria se opone a la misma y la resolución no es ejercitada ante los Tribunales¹⁸⁵.

2. EL CARÁCTER DEL INCUMPLIMIENTO.

Fuera de los supuestos en los que las partes han pactado contractualmente los incumplimientos resolutorios, para que un incumplimiento pueda ser alegado por la parte cumplidora como causa de resolución del contrato éste deberá revestir cierta importancia dentro de la economía del contrato.

¹⁸⁴ En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1780/2007, de 27 de marzo, al señalar que la facultad resolutoria de los contratos «puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato». Con las mismas palabras se expresa la Sentencia nº 340/2008, de 4 de julio, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid en su Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁸⁵ Dicha Sentencia establece en su Fundamento de Derecho Noveno que, «aun cuando la parte franquiciante ejerció la facultad de resolver los contratos de franquicia, sin embargo no se produjo el efecto resolutorio porque según reiterada jurisprudencia de esta Sala en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros extranjeros, dicho efecto extintivo solo se produce extrajudicialmente, es decir, por el mero ejercicio extrajudicial, cuando no hay oposición de la otra parte contractual a la que se atribuye el incumplimiento; de tal modo que, si hay esta oposición, es necesario para la operatividad de la resolución que recaiga la declaración judicial de que está bien hecha por ser conforme al ordenamiento jurídico, para lo cual es preciso que se inste tal declaración mediante demanda o reconvención».

Tanto la jurisprudencia como la doctrina española consideran que el incumplimiento que posibilita la resolución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.124 del Código Civil, debe ser importante o grave, no sirviendo cualquier tipo de incumplimiento a los fines resolutorios¹⁸⁶.

La jurisprudencia establece que el incumplimiento debe de ser grave y la obligación incumplida debe de ser esencial. Estos requisitos se solapan en muchas ocasiones entre sí debido a que las distintas sentencias expresan los mismos bajo diversos términos: incumplimiento verdadero y propio, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, que tenga entidad suficiente, frustración de las expectativas, etc¹⁸⁷.

Hasta los años 80 se exigía que el deudor hubiera mostrado una “voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento” para proceder a declarar la resolución del contrato. Este requisito fue evolucionando hacia una exigencia de “frustración del fin del contrato”, aunque se siguen

¹⁸⁶ Como ejemplo y adelantándonos a las apreciaciones que realizamos más adelante podemos indicar como, por ejemplo, MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 124, señala que «no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del contrato. El principio de conservación de los contratos impone que el remedio resolutorio sea excepcional.

En particular el incumplimiento resolutorio debe ser propio y verdadero, grave y esencial, y revestir especial importancia para la economía de las partes».

¹⁸⁷ Muestra clara de esta afirmación es la Sentencia nº 485/2012, de 18 de julio, del Tribunal Supremo que en su Fundamento de Derecho Octavo señala, recogiendo otras sentencias y refiriéndose al incumplimiento, que la jurisprudencia exige que el mismo revista cierta entidad, que sea grave y se produzca sobre una obligación principal dentro de la economía del contrato, que sea verdadero y propio, esencial, que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato, etc.

utilizando distintas expresiones y conceptos. Con ello la jurisprudencia desplaza la exigencia de dolo por parte del incumplidor hacia la frustración de las expectativas depositadas en el cumplimiento del contrato.

Así se señala en sentencias como la nº 532/2012, de 30 de julio, del Tribunal Supremo donde dice que «para que pueda ejercitarse con éxito la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la “voluntad deliberadamente rebelde”, exigida en etapas anteriores», evolucionando de un cierto subjetivismo hacia un criterio más objetivo.

Esta evolución jurisprudencial¹⁸⁸ puede observarse también en la Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, donde, en relación al incumplimiento, indica que la concepción del mismo ha pasado por las siguientes fases: Una primera de identificación del incumplimiento con una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo contenido,

¹⁸⁸ Podemos apreciar también la evolución comentada si comparamos esta sentencia con los presupuestos del incumplimiento resolutorio que apuntaba en el año 1996 DE LA HAZA DÍAZ, P., *El incumplimiento resolutorio...*, cit., págs. 4-5, con base en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 30 de abril de 1994, donde se marcan como presupuestos o requisitos del incumplimiento resolutorio los siguientes: 1.- La existencia de un vínculo contractual vigente y que las obligaciones sean exigibles. 2.- Que haya existido un incumplimiento grave. 3.- Que dicho incumplimiento se haya producido como consecuencia o causa de una voluntad obstativa del demandado de la resolución. 4.- Que exista un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. 5.- Que la prestación no responda a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato. Esta evolución también ha sido recogida por la doctrina, pudiendo señalar entre otros a MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., págs. 121-124.

abarcando las conductas dolosas¹⁸⁹. Una segunda donde el hecho obstativo, de modo absoluto y definitivo, impida el cumplimiento, abarcándose las conductas negligentes¹⁹⁰. Una tercera relativa a la frustración de las legítimas aspiraciones de los contratantes. Y una cuarta donde el incumplimiento, incluso parcial, defectuoso o tardío, es suficiente si frustra la finalidad perseguida¹⁹¹.

En la actualidad la jurisprudencia exige que el incumplimiento resolutorio alcance un grado determinado de intensidad, no posibilitando la resolución cualquier incumplimiento. Dicho grado de intensidad viene definido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como incumplimiento esencial¹⁹², y definido en su artículo 25, y en su nota explicativa 29.

¹⁸⁹ Así puede observarse incluso en sentencias posteriores a la fecha indicada, donde se hace referencia a otras anteriores y donde se indica que el artículo 1.124 del Código Civil requiere de «un incumplimiento intencional por la parte incumplidora». En este sentido, por ejemplo, la Sentencia nº 143/2008, de 22 de abril, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, haciendo referencia, entre otras, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986 y 16 de mayo de 1996.

¹⁹⁰ En estos términos se expresa la Sentencia nº 483/2012, de 23 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando establece en su Fundamento de Derecho Sexto, y citando una sentencia de la misma Sección de 8 de junio de 2012 y otra del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1985, que se considera ejercitable la resolución «cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento».

¹⁹¹ Con respecto al incumplimiento parcial existen sentencias que declaran que la resolución no es procedente en los supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, si bien no hacen mención a cerca de la frustración de la finalidad del contrato en estos casos. Por ejemplo, las sentencias de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de abril de 2006 y 11 de julio de 2008.

¹⁹² Si bien la citada Convención no se refiere a las franquicias, sino a la compraventa de mercaderías, la calificación de esencial del incumplimiento ha sido adoptada por los tribunales en sus resoluciones y aplicada también a la resolución de los contratos de franquicia.

En dichos preceptos de la Convención se recoge que, para que el incumplimiento que posibilita la resolución sea esencial, debe tener como resultado para la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación.

Este grado de “esencialidad” viene recogido en sentencias del Tribunal Supremo, como la nº 305/2012, de 16 de mayo, o la nº 532/2012, de 30 de julio, y en otras de las Audiencias Provinciales¹⁹³, que hacen referencia precisamente al citado artículo 25 de la Convención, o al artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, que también indica cuando se entiende que el incumplimiento de una obligación es esencial para un

¹⁹³ Véase, por ejemplo, el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia nº 483/2012, de 23 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta Sentencia admite la resolución por incumplimiento de un contrato de franquicia al entender que la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma. Señala que, a pesar de que el riesgo de la explotación empresarial corresponde al franquiciado y que no hay posibilidad de asegurar anticipadamente el éxito de un negocio, el incumplimiento de alguna de las obligaciones esenciales incurrió de manera directa en dicha frustración. Entre dichos incumplimientos apunta la existencia en la información precontractual de una desproporcionada perspectiva de ganancias que no se correspondía con la realidad o que no se cumplió con la obligación de control, supervisión y auditoría. La Sentencia nº 41/2016, de 12 de febrero, de la Sección Vigésimo Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, señala en su Fundamento de Derecho Segundo que «sólo su el incumplimiento resulta esencial puede determinar la resolución del contrato, considerándose a tal efecto que aquél ha de tener la suficiente entidad para impedir la obtención del fin normal del negocio jurídico frustrando las legítimas expectativas de la parte que lo reclama».

contrato¹⁹⁴. Incluso algunas resoluciones se refieren al artículo 1.199 de la propuesta de anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborado por la Comisión General de Codificación, que señala que se puede resolver un contrato cuando la otra parte haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, sea considerado como esencial.

Resulta curioso que el pre-legislador en materia de contratos de distribución, pese a que parece que tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en requerir ese plus de importancia o gravedad al incumplimiento resolutorio, no requiera expresamente dicho carácter. A nuestro juicio, un texto moderno debería recoger el carácter esencial del incumplimiento, en coherencia con los textos más avanzados en materia contractual¹⁹⁵.

Así, en el proyecto del año 2006 se establece en el artículo 23 que se puede resolver este tipo de contratos cuando la otra parte hubiera incumplido, añadiendo en el proyecto del año 2011, en el artículo 24, que dicho incumplimiento tiene que ser grave o reiterado, pero no exige que sea

¹⁹⁴ El artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos indica que *«el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. Cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte»*.

¹⁹⁵ En efecto, tanto el Convenio de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, los Principios UNIDROIT, como los Principios del Derecho Europeo de Contratos, inciden en la categoría del denominado incumplimiento esencial como incumplimiento resolutorio.

esencial. En el proyecto de Código Mercantil del año 2013, el legislador incluye varias menciones a la necesidad del incumplimiento esencial en la parte general de los contratos, pero no indica nada al respecto en el artículo 543-21, relativo a los contratos de distribución.

La jurisprudencia no sólo ha definido qué se entiende por incumplimiento resolutorio, sino que, en ocasiones, delimita qué podemos entender por incumplimiento de un modo negativo, es decir, señalando cuáles son los incumplimientos que no frustran el fin del contrato o que no se pueden entender como incumplimientos graves o esenciales.

Así, por ejemplo, entre otras, la Sentencia nº 318/2008, de 11 de julio, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, establece que no tienen la consideración de incumplimiento grave y esencial los retrasos en el suministro de pedidos, al no frustrar el fin del contrato. Por su parte, la Sentencia nº 41/2016, de 12 de febrero, de la Sección Vigésimo Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, señala que «en orden a valorar el tipo de conductas que deban ser estudiadas sólo pueden tener transcendencia aquellas con capacidad de originar por sí solas o en concurrencia con otras la frustración del negocio, no las meramente accesorias o complementarias de importancia adjetiva y reparables».

La Sentencia nº 510/2012, de 16 de noviembre, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, recoge que el incumplimiento no frustra el fin del contrato si no existe un incumplimiento en relación con las prestaciones principales del contrato y, por lo tanto, no se ve frustrada la finalidad del mismo. Se recoge por la Sentencia que, aunque se alegan varios

incumplimientos, algunos de ellos no quedan justificados y los que se demuestran no tienen la consideración de esenciales.

Pero, sobre todo, interesa destacar los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, de la que es máximo exponente la STS núm. 638/2013, de 18 noviembre (RJ 2014\2233) –en la misma línea, STS de 29 de enero de 2014, rec. 1563/2011-. En ella, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado las nuevas directrices a seguir con relación a los casos en que el incumplimiento de un contrato debe considerarse como esencial y determinante de la resolución del contrato.

La sentencia, de la que es ponente el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, tras confirmar que la valoración probatoria de la Audiencia fue correcta, sitúa la controversia en la “delimitación de la categoría del incumplimiento esencial y su diferenciabilidad de régimen de aplicación respecto del tronco tradicional de los denominados incumplimientos resolutorios”.

Para la Sala, la tipicidad del incumplimiento esencial permite otorgarle una categoría propia y diferenciada dentro del marco general del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria. Tradicionalmente, los incumplimientos resolutorios gravitan sobre la ejecución de la prestación debida, sea porque no se ejecuta o porque se cumple de forma defectuosa.

Pero fuera de este ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la prestación debida para centrarse en la satisfacción del

interés del acreedor, en función de los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que por lo general se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo.

Esta delimitación permite establecer unas directrices, que se pueden sintetizar así: Primera, mientras los incumplimientos prestacionales quedan residenciados en el plano del incumplimiento de los deberes contractuales, de forma que ha de atenderse al desajuste o a la falta de ejecución, en cambio, la categoría del incumplimiento esencial se fija en la satisfacción del acreedor y, por eso, su valoración e interpretación debe tomar también en cuenta la causa del contrato y su peculiar instrumentalización técnica a través de la base del negocio; Segunda, esta diferenciación hace que, a la hora de valorar la trascendencia resolutoria del incumplimiento, también operen en planos distintos los tradicionales conceptos de “gravedad” y “esencialidad”, pues el primero queda enmarcado en el ámbito prestacional, y con relación a las prestaciones principales del contrato, de manera que solo el desajuste o la falta de cumplimiento de estas permite su resolución (no así cuando se trata de incumplimientos leves o infracciones mínimas); por el contrario, el segundo “escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado”; Tercera, como consecuencia, el régimen de incumplimiento esencial como incumplimiento resolutorio “no queda condicionado por el principio de

reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario”; Y, cuarta, el incumplimiento esencial también se proyecta como una “valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”.

Como ya se ha dicho, la doctrina, al igual que la jurisprudencia, requiere de una importancia con respecto al incumplimiento resolutorio, no admitiendo que sirva con dichos fines cualquier incumplimiento de las partes. En dichos términos se expresa la mayoría de la doctrina señalando que «el incumplimiento de las obligaciones que puede dar lugar a la resolución del contrato, ha de revestir cierta gravedad o importancia, pues la regla o principio fundamental es el principio de conservación de los contratos [...]. Por consiguiente, como ya hemos dicho, no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del vínculo contractual»¹⁹⁶; o manifestando que «la mayoría de la doctrina y jurisprudencia españolas han aceptado el principio de que, a pesar de la falta de un texto legal en este sentido, no se puede tratar todo incumplimiento –aunque sea leve o afecte a una obligación accesoria- de la misma forma, sino que una medida tan severa como la del art. 1.124 tiene

¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, 2005, pág. 39. En el mismo sentido, como hemos apuntado anteriormente, MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 124.

justificación sólo cuando medie un incumplimiento que tenga carácter de cierta gravedad o importancia»¹⁹⁷.

Dicha importancia se deberá valorar en relación con la trascendencia que el incumplimiento represente para la economía del contrato, y teniendo en cuenta si el mismo impide la satisfacción de los intereses de la parte cumplidora: como dice la clásica Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1950, cuando el incumplimiento provoque «la frustración del fin práctico perseguido por el negocio»¹⁹⁸, o «imposibilite el mantenimiento de la economía contractual, al no poder conseguirse los fines perseguidos con la celebración del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte cumplidora»¹⁹⁹.

Algún sector de la doctrina considera que el incumplimiento tiene carácter resolutorio si el acreedor puede acreditar que los motivos que le llevan a instar la resolución del contrato no son oportunistas, y si los costes de salida del contrato y recuperación del *status quo ex ante* no son irrazonables para ambas partes, incluyendo la parte incumplidora²⁰⁰. Con

¹⁹⁷ DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, cit., pág. 186.

¹⁹⁸ DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, cit., pág. 188.

¹⁹⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs. 494-495.

En términos muy parecidos, si bien para el contrato de concesión, se expresa MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 272, al indicar que «para que el incumplimiento pueda considerarse resolutorio, ha de ser importante, de modo que imposibilite el mantenimiento de la economía contractual al no poder conseguirse los fines de cooperación y coordinación de conductas queridos por las partes». Entendemos que este argumento es plenamente adaptable al contrato de franquicia debido a las similitudes entre ambos por sus características comunes de bilateralidad, sinalgmaticidad, etc.

²⁰⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, pág. 1122.

base en esta última idea, se entiende que el juzgador, en ocasiones, da curso a pretensiones resolutorias que no están fundadas realmente en un incumplimiento que, *a priori*, se podría entender como suficiente para resolver el contrato.

Que sea necesario que el incumplimiento que faculte a una de las partes para resolver el contrato tenga que revestir cierta gravedad encuentra su respaldo en el “principio de conservación de los contratos”, y en el “principio de buena fe”, que obliga a las partes contratantes a hacer todo lo posible para lograr la finalidad perseguida y a no poner trabas para que la contraparte alcance la suya²⁰¹.

Con respecto a la posibilidad de que la resolución del contrato pudiese suponer una derogación del principio *pacta sunt servanda*, podemos entender, tal y como lo hace la doctrina²⁰², que la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código Civil tiene su origen en la ley, por lo que la derogación del principio no proviene de la voluntad de las partes y, como consecuencia, no vulnera el citado principio.

En este sentido parece que sería contrario a la buena fe el que una parte solicitara una medida tan radical y rigurosa, como es la resolución del contrato por infracciones de la otra parte, que desempeñen un papel muy

²⁰¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos...*, cit., págs. 37-38, en relación al principio de conservación de los contratos señala que el incumplimiento deberá ser especialmente caracterizado y la resolución debe tener cierto carácter excepcional.

²⁰² CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 83.

secundario dentro de la totalidad de la economía de la relación obligatoria bilateral²⁰³.

Siguiendo esa línea, y con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos señalar que para poder resolver un contrato a través de las acciones otorgadas por el artículo 1.124 del Código Civil, no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de las partes²⁰⁴.

En cuanto al criterio seguido para valorar la gravedad del incumplimiento, la doctrina entiende, en su mayoría, que el criterio es el objetivo, atendándose al resultado del incumplimiento en la relación contractual, teniendo en cuenta la importancia económica del mismo y no la importancia que el incumplimiento tiene para la parte cumplidora²⁰⁵.

²⁰³ Así, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 213. En el mismo sentido, MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 125, señala que «la resolución no entra en juego cuando lo que se han incumplido han sido obligaciones que tienen mero carácter accesorio o complementario con relación a las prestaciones que constituyen el objeto principal del contrato».

²⁰⁴ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 252.

²⁰⁵ En tal sentido, CLEMENTE MEORO, M. *La facultad de resolver...*, cit., pág. 254, DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, cit., pág. 189 y DÍEZ-PICAZO, L. *Los incumplimientos...*, cit., pág. 40. MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 73, indica que «la adopción de un concepto objetivo de incumplimiento, considerando que el mismo existe simplemente cuando el deudor no cumple exactamente la obligación que asumió en el contrato, promueve la seguridad jurídica en la medida en que permite la construcción de un sistema de responsabilidad inteligible y favorece la predictibilidad de las resoluciones judiciales».

Este carácter objetivo o neutro, como ha sido calificado²⁰⁶, resulta de la propia definición del incumplimiento, que en su definición legal sólo exige la falta de ejecución de la prestación debida. Dicho carácter implica que, *a priori*, sea indiferente que exista o no culpabilidad del deudor.

Esta posición otorgaría, por lo tanto, los mismos efectos liberatorios a la resolución por incumplimiento, que presuntamente es voluntario, qué al producido, por ejemplo, por imposibilidad sobrevenida, que no sería necesariamente imputable al incumplidor.

Así, se ha sostenido, con apoyo en diversas sentencias del Tribunal Supremo, que sobre esta base, el fundamento resolutorio se liga con la afección al sinalagma genético o funcional del contrato, y el régimen se concibe por ello, no sancionatorio, sino compensador del acontecer de deficiencias en la estructura del contrato que lo incapacitan para la satisfacción de los intereses de las partes²⁰⁷.

Si bien entendemos que, en la actualidad, este carácter objetivo es el más seguido por las resoluciones de los Tribunales, y el que mejor respuesta puede dar a los problemas derivados del incumplimiento en los contratos

²⁰⁶ En estos términos se expresa Morales Moreno al comentar el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil en MORALES MORENO, A., «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, págs. 30-31.

El artículo 1.188 de la citada Propuesta indica que «*hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*».

²⁰⁷ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 500-501.

de franquicia, también es cierto que las causas que provocan el incumplimiento y la naturaleza del mismo son de lo más variadas.

Para tener una imagen del comportamiento constitutivo de incumplimiento deberemos tomar en consideración diversos factores, que dependerán del tipo de conducta, pero también de la satisfacción o no de las partes. Así, habrá que tener en cuenta la realización de la conducta prometida, el ajuste de dicha conducta a los parámetros definidos en la relación obligatoria en cuanto a identidad, calidad, cantidad, etc., la posible justificación de la omisión o el defecto en el cumplimiento, la satisfacción o no del acreedor, etc²⁰⁸.

Para CARRASCO PERERA, aunque reconstruyendo el sentido de la *ratio decidendi* de las sentencias de los tribunales españoles, se puede hacer coincidir el incumplimiento esencial que manejan las mismas, con el recogido, y ya apuntado, de la Convención de Viena y otros textos internacionales. Señalando que nuestra construcción es más compleja, porque la esencialidad que exige la jurisprudencia no es, en principio, la esencialidad del incumplimiento, sino de la obligación incumplida. En su opinión, lo que se le pide al incumplimiento es que el mismo sea grave, y que dicho incumplimiento sea el que produzca la frustración de la finalidad del contrato, la cual se puede producir incluso cuando el cumplimiento sea todavía posible²⁰⁹.

²⁰⁸ MONTÉS PENADÉS, V., «Incumplimiento de la obligación», *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (AA VV), Tirant lo Blanch, 2001, págs. 129-130.

²⁰⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., págs. 1122-1123. En sentido similar se expresa Díez-Picazo, L., *Los incumplimientos...*, cit., págs. 32-33, al señalar que se podrá

Siguiendo esta opinión la obligación que se incumple puede ser tanto principal como accesoria, porque lo fundamental es que la misma sea esencial para la finalidad del contrato. Si el incumplimiento se produce sobre una obligación accesoria, pero esto supone que no se satisfaga ya el interés perseguido con el contrato por la parte cumplidora, dicho incumplimiento, que recae sobre una obligación accesoria, pero esencial, posibilitaría la resolución del contrato.

En estos términos, la esencialidad de la obligación incumplida ha sido utilizada por los tribunales para rechazar como resolutorio el incumplimiento de una obligación accesoria, pero también para decretar la resolución por incumplimiento de dicho tipo de obligación cuando implica el incumplimiento de la obligación principal. Además, en ocasiones, los tribunales no han atendido al resultado típico del contrato para considerar una obligación como principal o accesoria, sino a las eventualmente graves consecuencias derivadas del incumplimiento²¹⁰.

resolver cuando consta la voluntad de no cumplir, aun cuando el cumplimiento fuese posible, puesto que no resultaría «razonable mantener la vinculación cuando está ya claro que la otra parte no quiere o no puede cumplir».

²¹⁰ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 244. En estos términos también se expresa DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos...*, cit., pág. 94, al señalar que el incumplimiento de determinadas obligaciones accesorias puede ser tratado como incumplimiento esencial desde el momento en el que para la finalidad del contrato tengan una especial trascendencia en orden a la consecución de los objetivos propuestos. MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 273, también argumenta sobre la importancia del incumplimiento señalando que el mismo puede producirse sobre una prestación esencial pero también puede derivar del incumplimiento reiterado de obligaciones accesorias.

Por ejemplo, no sería importante si calificamos como de esencial o accesoria la obligación del franquiciado de obtener un mínimo de ventas, o la del franquiciador de mantener actualizado el *know-how*, sino que lo verdaderamente relevante es si el incumplimiento tiene la gravedad suficiente para frustrar la finalidad perseguida por la otra parte o la de obtenerla en el futuro.

Recapitulando, tras tratar el incumplimiento esencial por parte de la jurisprudencia podemos establecer unos criterios sobre el mismo²¹¹: Primero, el incumplimiento debe tener una importancia y trascendencia para la economía de los interesados. Segundo, el incumplimiento debe tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica del cumplidor. Tercero, el incumplimiento debe provocar la falta de obtención de la finalidad perseguida con el contrato. Cuarto, debe suponer una frustración de expectativas, de aspiraciones o del fin del contrato. Y quinto, el incumplimiento debe provocar la quiebra de la finalidad económica y la importancia en la economía del contrato.

Podríamos sintetizar dichos criterios en la necesidad de que el incumplimiento sea importante, en el sentido de que provoque una frustración en el fin perseguido por los contratantes al formalizar el contrato, o que el incumplimiento esencial resulte claramente de las estipulaciones de las partes. No siendo necesario que las partes hayan dicho expresamente que consideraban esencial un punto concreto del contrato.

²¹¹ Así lo sistematiza DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos...*, cit., págs. 75-76 y MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., págs. 125-126, haciendo referencia al primero.

Aunque parece que sí que tiene que deducirse del sentido y significación de las cláusulas recogidas en el mismo.

Caso distinto sería el supuesto en el que las partes directamente hayan acordado en el contrato qué incumplimientos tendrán la categoría de resolutorios o qué obligaciones tienen el carácter de esencial para las partes. En dicho supuesto, el incumplimiento por una de las partes de dichas obligaciones, por el carácter esencial atribuidas a las mismas, debería dar lugar a la posibilidad de instar la resolución por parte del cumplidor, sin necesidad de entrar a valorar la importancia del incumplimiento o de la obligación incumplida²¹².

No constando la previsión antedicha en el contrato, y teniendo en cuenta que en la relación contractual de franquicia no siempre puede delimitarse con claridad la interdependencia de las prestaciones, el punto a tener en cuenta para declarar la esencialidad de la obligación incumplida dependerá de la afección de la misma al funcionamiento de la relación de colaboración establecida, es decir, habrá que valorar el comportamiento del incumplidor en función al objetivo de integración comercial que deriva de la estructura mínima del contrato.

No siempre se trata de cumplir con un acto concreto o determinado sino de llevar a cabo una actividad en la que se interrelacionan también

²¹² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., pág. 1125, denomina estos supuestos como «esencialidad convencional». MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 126, por su parte, señala que la resolución puede tener lugar, aunque el incumplimiento no pueda reputarse como grave, si las partes los habían previsto como motivo de resolución.

importantes deberes de «colaboración»: de ahí que la delimitación de los distintos incumplimientos no pueda resultar tan evidente como en otros tipos contractuales y sea precisa una labor de concreción a la hora de deslindar los deberes jurídicos que a cada una de las partes les incumbe²¹³.

Las prestaciones u obligaciones que contiene el contrato de franquicia, sobre todo las que están llamadas a perdurar en el tiempo, como la asistencia técnica, la política de marketing, el suministro, etc., demuestran lo difícil que puede llegar a ser, en ocasiones, el decantarse sobre si la acción u omisión llevada a cabo por una de las partes supone un incumplimiento o una prestación defectuosa. Por ejemplo, la transmisión del *know-how* es una obligación esencial de la relación de franquicia, pero puede ir perdiendo parte de su importancia durante el transcurso de la misma. La prueba sobre la esencialidad de dicha obligación, relacionada con la importancia de la misma para la consecución del fin del contrato, se hará más difícil con el paso del tiempo.

En ocasiones, el incumplimiento de una de estas obligaciones por parte del franquiciador, que podría tener la calificación de esencial, no es declarado como tal por la dificultad probatoria del mismo, y convierte la falta de pago del franquiciado, derivada del primer incumplimiento, en incumplimiento esencial y resolutorio del contrato de franquicia. Sobre estos extremos se manifiesta también ECHEBARRÍA SÁENZ cuando señala que la calificación del esquema de negocio amparado en la estructura del contrato de franquicia puede incidir sobre la esencialidad del

²¹³ HERNANDO GIMENEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 310.

incumplimiento. En su opinión, algunas prestaciones de franquicia pierden, además, su sentido o agotan su ciclo natural, sin que suponga una merma de la relación negocial, pues la función del contrato se obtiene por la compensación de otros elementos que mantienen el valor de la contraprestación». Como ejemplo apunta que el prestigio consolidado de la marca puede compensar la pérdida de transmisión del *know-how*²¹⁴.

Con respecto a la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que la jurisprudencia deja atrás pasando a una concepción más objetiva del incumplimiento, con el respaldo mayoritario de la doctrina, un sector minoritario²¹⁵ matiza la misma, señalando que este tipo de conducta sigue siendo reveladora de la sustancialidad del incumplimiento, al demostrar, precisamente, esa falta de voluntad de cumplir.

Esto supone que, cuando nos encontramos ante un contrato relacional a largo plazo, o con diversidad de obligaciones recíprocas para las partes, como es un contrato de franquicia, la voluntad de no cumplir convierte en sustancial cualquier incumplimiento. Por ejemplo, una negativa reiterada al pago del royalty por parte del franquiciado producirá la frustración de la finalidad del contrato de franquicia perseguida por el franquiciador.

²¹⁴ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 506-509. En un sentido muy similar se expresa HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., págs. 316-319, donde pone como ejemplo que la obligación de no competencia o la de colaboración no son principales, pero si faltan puede que no se obtenga el interés perseguido al contratar.

²¹⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., págs. 1136-1137.

De forma muy similar a esta idea se identifica la voluntad deliberadamente rebelde con el retraso en la ejecución de la obligación por la parte incumplidora²¹⁶. Al respecto se señala que habrá resolución por incumplimiento si el retraso evidencia claramente dicha voluntad rebelde al cumplimiento, distinguiendo así el mero retraso involuntario o injustificado de la actividad culposa y decidida de no cumplir y, en definitiva, la existencia no de un retraso sino de un incumplimiento.

En este sentido se añade que para que se dé la resolución debemos tener en cuenta las notas de deliberación y rebeldía, debiendo existir plena conciencia en el incumplidor del acto por él realizado y de sus consecuencias y, además, un persistente propósito de continuar en esa posición²¹⁷.

Basándose en numerosas sentencias del Tribunal Supremo la mejor doctrina²¹⁸ recoge una síntesis de las conductas que han sido tenidas en cuenta por los tribunales para declarar la resolución por incumplimiento del contrato con base en la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: La existencia de requerimientos reiterados por la parte cumplidora que son desatendidos por el incumplidor; El resolvente ha aceptado una novación del contrato para facilitar el cumplimiento y el cumplimiento no se ha producido; El cumplidor ha recurrido con carácter previo a la vía judicial para que se declare la validez del contrato o para

²¹⁶ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 325.

²¹⁷ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 355.

²¹⁸ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 395-410.

exigir el cumplimiento y, pese a ello, el incumplidor se ha mantenido en su postura; Existencia de mala fe por parte del incumplidor basada en la utilización de excusas para justificar su incumplimiento; Disfrute del bien por parte del incumplidor pese a su incumplimiento.

Por lo tanto, la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se configura, más que como requisito para declarar la resolución, como uno de los supuestos en los que cabe la misma. Existe, sin embargo, alguna voz discrepante con la opinión manifestada²¹⁹, entendiendo que el requisito exigido por la jurisprudencia en relación con la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento viene a indicar la intención «de restringir el rigor del régimen resolutivo con base a criterios de equidad», y que en contratos como el de franquicia, y haciendo referencia a temas de prestación tardía, la voluntad rebelde queda vacía de contenido, puesto que «si la inejecución puntual determina la imposibilidad de la prestación nos encontramos ante la indiferencia de la culpa», en tanto que el problema se resolvería por la imposibilidad de prestar pero no por la culpa en la que incurra el incumplidor. Mientras que, si la prestación todavía es posible, no tendremos que tener en cuenta la culpabilidad para resolver el contrato, sino si la prestación sigue siendo útil para satisfacer el fin práctico del mismo, es decir, que lo trascendente será la frustración del fin del contrato y no la culpabilidad.

En nuestra opinión, si bien es cierto que resulta importante atender a que la prestación pueda servir todavía para satisfacer el interés del

²¹⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 502-503.

contrato, también lo es que, en el supuesto de que se constate esa voluntad rebelde al cumplimiento en el incumplidor, la prestación futura, por muy útil que la entendamos, devendrá prácticamente imposible por la mera voluntad de no cumplir. Por ello, a nuestro juicio, el contrato podrá resolverse igualmente si el incumplidor manifiesta su intención de cumplir con la prestación no ejecutada o indebidamente ejecutada, pero la misma ya no tiene interés negocial para el acreedor por haberse frustrado el fin perseguido a la hora de concluir el contrato.

En Estados Unidos, cuna del sistema de franquicia, 18 Estados regulan las relaciones entre franquiciador y franquiciado a través de leyes estatales. Algunas de ellas, como la *Conneticut's Franchise Relationship Law*²²⁰ o la *California's Franchise Relationship Act*²²¹, exigen que, para que el franquiciador pueda resolver el contrato debe existir justa causa, definiendo la misma en el sentido de que el hecho ocurrido debe ser relevante para la franquicia, entendiendo la misma como el funcionamiento de la propia red y señalando cuáles pueden ser estos hechos que justifiquen la resolución, entre los que se encontrarían la insolvencia, el concurso del

²²⁰ La *Conneticut's Franchise Relationship Law*, en su sección 42-133 f (a) establece que «no franchisor shall [...] terminate, cancel or fail to renew a franchise, except for good cause which shall include, but not be limited to the franchissee's refusal or failure to comply substantially with any material an reasonable obligation of the franchise agreement or for the reasons stated in subsection (e) of this section».

²²¹ La *California's Franchise Relationship Act*, en su sección 20020, establece que «no franchisor may terminate a franchise prior to the expiration of it term, except for good cause».

franquiciado, el abandono del negocio, el acuerdo escrito de las partes o el no cumplimiento de la normativa federal o estatal²²².

Estas *franchise relationship* estadounidenses reducen la flexibilidad de que dispone el franquiciador a la hora de poner fin a los contratos de franquicia en los casos en los que no existe esa *good cause* o justa causa²²³. En estos supuestos se podría asemejar la exigencia de esa justa causa a la de la búsqueda de un incumplimiento importante o grave por parte de nuestra doctrina, no sirviendo cualquier tipo de incumplimiento para resolver el contrato.

Sobre la importancia de la obligación incumplida también podemos encontrar alguna aportación de la doctrina europea. La doctrina italiana, con base en el artículo 10 del Código Deontológico de la Asociación Italiana de Franquiciadores, mantiene que el incumplimiento esporádico por parte del franquiciado que no sea importante, difícilmente puede conllevar la resolución del contrato si no ha existido un examen sobre el daño interno que el incumplimiento supone en la red de establecimientos para el franquiciador. Se establece como ejemplo claro de incumplimiento que puede llevar a la resolución del contrato el incumplimiento por el franquiciado de la asistencia técnica a los clientes prevista en el contrato, provocando de esa manera un daño en la imagen de la marca del

²²² NYE, R.J., SCHEIDER, J.A., *Business franchise Law. Cases and materials*, Carolina Academic Press, 2003, pág. 101.

²²³ En tal sentido se expresa GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 108.

franquiciador²²⁴. Este artículo 10 del Código Deontológico italiano funcionaría como uno de los límites existentes a la hora de moderar el alcance o efectividad de la cláusula expresa de resolución establecida en los contratos de franquicia²²⁵.

Podríamos concluir tras lo expuesto que el criterio o criterios para considerar un incumplimiento como resolutorio ha evolucionado con el paso del tiempo desde una perspectiva subjetivista, donde se tenía en cuenta la intención, como mínimo dolosa, de la parte contractual incumplidora, hacia un punto de vista más objetivo donde se tiene más en cuenta la frustración del fin perseguido por los contratantes que dicha intención. Sin desechar, no obstante, la intención del incumplidor en aras a calificar su actitud como clarificativa del no cumplimiento. Aun así, y pese a la evolución comentada, se sigue manteniendo una mezcla de conceptos por parte de la jurisprudencia que provocan que no se termine de perfilar de forma clara una definición del incumplimiento resolutorio de una manera evidente.

3. INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES.

Como se ha indicado, la resolución por incumplimiento se configura como una facultad de la parte cumplidora del contrato para el caso de que uno de los obligados no cumpla alguna de sus obligaciones. En el presente

²²⁴ TRIPODI, E.M., OANDOLFINI, V., IANNOZI, P., *Il manuale...*, cit., págs. 574-575.

²²⁵ El artículo 10 del Código Deontológico de la Asociación Italiana de Franquiciadores establece que la resolución automática del contrato deberá ser limitada *«agli inadempimenti di clausole importante per la corretta impostazione e gestione del sistema di franchising»*.

apartado vamos a analizar qué características hay que tener en cuenta en relación con el cumplimiento de las obligaciones por las partes, esto es, si es realmente necesario el cumplimiento en sentido estricto de las obligaciones asumidas por la parte que solicita la resolución, o qué sucede cuando una de las partes se retrasa en el cumplimiento, pero el mismo es todavía posible.

Como regla general hay que recordar que el artículo 1.124 del Código Civil establece que la resolución se puede ejercitar cuando *«uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe»*. Ciertamente dicho precepto no establece la necesidad de que el otro obligado haya cumplido previamente, pero, como se viene haciendo de forma pacífica por doctrina²²⁶ y jurisprudencia, se entiende que esa debe ser la regla general con base, por ejemplo, en el principio de buena fe que rige nuestro ordenamiento.

La Sentencia nº 164/1997, de 4 de marzo de 1997, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo señala al respecto en su Fundamento de Derecho Tercero que, para que la cláusula de resolución recogida en el contrato de franquicia pudiera producir sus efectos se exige, *«aunque nada se diga en ella, el previo cumplimiento por la entidad franquiciadora de las obligaciones asumidas»*.

La misma Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, ahonda sobre este tema exponiendo que *«el requisito del previo cumplimiento del actor responde a la estructura del contrato bilateral, ya que han de valorarse,*

²²⁶ En este sentido se vienen manifestando como hemos recogido ya en este trabajo, entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY, CLEMENTE MEORO, DÍEZ-PICAZO o DELL'AQUILA (ver notas 171, 172 y 173 para todos ellos).

como ha hecho la sentencia recurrida, cuando se aleguen incumplimientos dobles o recíprocos las causas del incumplimiento de modo que se pueda desestimar, según se resuelve en este asunto, la demanda de resolución si el demandante era incumplidor previo. La jurisprudencia de esta Sala exige, en efecto, como requisito para que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil prospere, entre otros, que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriere como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de este es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso».

La Sentencia indica en un primer lugar que se exige el previo cumplimiento para poder ejercitar la acción de resolución, para señalar luego que la exigencia es de no incumplimiento. Aunque dicha matización pueda parecer carente de importancia, en relaciones contractuales como la franquicia, sinalagmáticas y de tracto sucesivo, hay que tenerla en cuenta. A nuestro parecer y con base en la Sentencia comentada, podemos diferenciar dos supuestos: por un lado las situaciones en las que la parte que exija la resolución haya cumplido previamente con sus obligaciones, o no haya tenido que cumplir todavía porque no haya llegado el momento de la ejecución de las mismas; y, por otro lado, las situaciones en las que la parte que exija la resolución haya incumplido alguna de sus obligaciones, pero dicho incumplimiento se haya producido como consecuencia de un incumplimiento previo de la otra parte.

En el primero de los casos no parece existir problema en admitir la resolución efectuada por la parte que, habiendo venido cumpliendo sus

obligaciones, o no habiendo incumplido porque su obligación no es todavía exigible, se encuentra ante una situación perjudicial para sus intereses, provocada por el incumplimiento de la contraparte.

En el segundo de los supuestos, donde nos encontramos ante la existencia de incumplimientos, tanto del franquiciador como del franquiciado, los tribunales deben entrar a valorar cuál de los incumplimientos es causa del otro, o si alguno de los incumplimientos producidos no tiene la importancia necesaria para constituirse como incumplimiento resolutorio, por carecer de alguno de los requisitos o características que hemos analizado.

La Sentencia nº 754/2005, de 21 de octubre de 2005, del Tribunal Supremo, ante un supuesto en el que tanto franquiciador como franquiciado notificaron de forma extrajudicial a la otra parte la resolución del contrato de franquicia, entiende que sólo existía incumplimiento de una de las partes, en este caso la franquiciada, puesto que, aunque el franquiciador había incumplido su obligación de suministro al interrumpir el mismo, dicha actuación había venido justificada por el incumplimiento previo de la franquiciada, que había dejado de pagar.

Esta Sentencia, no obstante, señala otra de las cuestiones que surgen en los supuestos donde se reclaman las partes incumplimientos recíprocos. En los casos en los que las dos partes han incumplido los tribunales deberían entrar a valorar cuál de los incumplimientos es previo, o si alguno de ellos carece de los elementos necesarios para ser calificado como resolutorio. No obstante, en ocasiones, los tribunales se deciden por una vía más “práctica”,

y a nuestro juicio incorrecta, entendiendo que existe un mutuo disenso plasmado por la voluntad de ambas partes de desligarse del contrato firmado en su día.

Así lo argumenta la Sentencia comentada en su Fundamento de Derecho Segundo al indicar que «en cualquier caso, las disensiones dieron lugar a conductas que revelan de modo inequívoco la decisión de abandono del vínculo contractual por mutuo disenso implícito. Se trata de retractación bilateral por “contrarius consensus” deducida de hechos concluyentes».

Sobre la necesidad de cumplimiento previo por quien insta la resolución también se inclina la Sentencia nº 267/2007, de 4 de junio, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid²²⁷, cuando en su Fundamento de Derecho Segundo, y basándose en la naturaleza sinalagmática del contrato de franquicia, argumenta que «quien no cumple con su prestación no puede exigir el cumplimiento de la prestación correspondiente a la otra parte» añadiendo, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1990, que desde la perspectiva del artículo 1.124 del Código Civil «es claro que la acción de la parte que exige la extinción de los efectos del contrato ha de estar apoyada en un previo acatamiento u observancia de cuanto a ella le incumbe por el sinalagma funcional».

No obstante, pese a parecer que la Sentencia se inclina claramente por la necesidad de previo cumplimiento del solicitante de la resolución, la misma incluye en el Fundamento de Derecho al que nos estamos refiriendo la

²²⁷ En el mismo sentido el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia nº 374/2008, de 30 de junio, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid.

exigencia de que la parte que ejercita la acción resolutoria debe acreditar una serie de requisitos, entre los que incluye que no haya incumplido las obligaciones que le concernían «salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro».

Por lo tanto, pese a reclamar el previo cumplimiento de la parte que solicita la resolución, se deja abierta la posibilidad a que se recurra a la misma, pese a que exista incumplimiento también de la parte que reclama, siempre y cuando éste sea consecuencia de uno previo de contrario, debiendo demostrarse tal extremo.

La Sentencia nº 413/2012, de 27 de junio, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Fundamento de Derecho Tercero, y tras tener por acreditados incumplimientos por ambas partes, franquiciador y franquiciado, entiende que, al estar ambos incurso en incumplimientos esenciales y recíprocos se debe de aplicar el artículo 1.124 del Código Civil por encontrarnos en una situación que «es equivalente al mutuo disenso»²²⁸.

Resuelve de un modo distinto la Sentencia nº 416/2010, de 17 de septiembre, de la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando, en su Fundamento de Derecho Sexto, y resolviendo sobre unos incumplimientos recíprocos en un contrato de *master* franquicia, comienza señalando que, en estos supuestos, «habría que estar al momento

²²⁸ En este caso la Sentencia no entra a valorar cuál de los incumplimientos es previo, sino que considera los de ambas partes esenciales y aplica por equivalente el mutuo disenso.

en que cada una de las partes contratantes dejó de cumplir o cumplió defectuosamente con sus obligaciones, debiendo examinar la importancia de estos incumplimientos, sin que deban tenerse en cuenta los incumplimientos referidos a aspectos accesorios o complementarios de aquellos esenciales del contrato y ello a efectos de ver si procede la resolución del contrato».

Tras estas manifestaciones podríamos entender que la Sección iba a realizar un estudio detallado de los incumplimientos producidos para comprobar cuáles eran previos o esenciales, y concretar cuál de las partes había sido la primera incumplidora y, por lo tanto, la que había provocado el posterior incumplimiento de la otra parte y, como consecuencia, la causante de la resolución. No obstante, la Sentencia continúa indicando que «lo que es evidente es que los mutuos reproches de incumplimiento que puedan imputarse cada una de las partes intervinientes en un contrato, justificando en ellos cada uno de los mismos la resolución del contrato, resultan equivalentes en la práctica a la extinción del contrato por mutuo disenso».

La Audiencia Provincial de Madrid, en este caso, y pese a argumentar que es preciso analizar las causas de los incumplimientos para saber cuáles son importantes y originadores la resolución, termina adoptando esa posición “práctica” que venimos comentando de recurrir al mutuo disenso para acordar la resolución del contrato de franquicia.

Sí que valora el incumplimiento del franquiciador la Sentencia nº 669/2012, de 3 de diciembre, de la Sección Octava de la Audiencia

Provincial de Madrid, cuando resolviendo sobre incumplimientos recíprocos alegados por ambas partes, entiende que el incumplimiento del franquiciador, que se produce cuando el local ya estaba funcionando más de tres años, «no cabe considerarlo esencial respecto a la eficacia y desarrollo del contrato, pues, por la apuntada naturaleza de la actividad, el hecho de que ya no se suministraran bolsas o asistencia, desde luego no era relevante» y que de los actos de las partes «se colige que el incumplimiento no fue esencial ni frustró el cumplimiento del contrato». Además, termina argumentando que dicho incumplimiento coincidió con la falta de pago de los *royalties* por parte de la franquiciada, existiendo incumplimiento previo por parte de ésta.

Resuelve también sobre un supuesto de incumplimientos recíprocos la Sentencia nº 282/2012, de 8 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este supuesto, y ante un incumplimiento de la franquiciadora consistente en haber entrado en situación económica tal que perjudicaba la imagen de la marca de la red, el cual es considerado como grave por el Tribunal, se argumentaba como incumplimiento de la franquiciada el impago de *royalties*. Ante esta situación la Sentencia argumenta, en su Fundamento de Derecho Quinto, que «el impago de facturas por parte de la franquiciada no le impedía instar la resolución contractual en la medida en que tal incumplimiento del contrato determina que pudiera incurrir en mora, pero no resultaba determinante en ese momento para justificar la resolución contractual»²²⁹.

²²⁹ En este supuesto, además, se había concedido un plazo suplementario para el pago y consiguiente subsanación del incumplimiento por parte de la franquiciadora, por lo que no

También atiende a cuál de los cumplimientos es originario del contrario la Sentencia nº 595/2012, de 18 de diciembre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual señala, tras hacer referencia a varias sentencias del Tribunal Supremo, y al carácter de esencial del incumplimiento recogido por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, que «si la franquiciadora incumplió obligaciones esenciales del contrato de franquicia, no puede exigirse al franquiciado que cumpla con la contraprestación correspondiente, esto es, el pago de los royalties convenido, que solo proceden en los casos de normalidad y cumplimiento de las obligaciones contractuales».

Por último y en cuanto a la resolución sobre incumplimientos recíprocos, también resuelve la Sentencia nº 164/2008, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual, tras señalar que la franquiciada había aceptado expresamente la resolución del contrato, aunque imputando los incumplimientos a la franquiciadora, entiende que el objeto de la controversia no es la resolución del contrato, puesto que ha sido admitida por ambas partes, «sino determinar cuál de ellas era la incumplidora del contrato». La Sentencia termina señalando que los incumplimientos de la franquiciada, consistentes en el impago y en vulneración de la prohibición de competencia «afectan a la esencia del contrato de franquicia y frustran las legítimas expectativas de la franquiciadora en el contrato», siendo las mismas suficientes para declarar la resolución de los contratos bilaterales

se considera que dicho impago tenga suficiente relevancia para calificarse como resolutorio y sí el de la franquiciadora.

en virtud del artículo 1.124 del Código Civil. Considera, por tanto, que los incumplimientos de la franquiciada son los que tienen carácter resolutorio, y no los de la franquiciadora.

Recapitulando, a la vista de estos pronunciamientos podemos concluir que la jurisprudencia en este punto no es totalmente unánime. Ello por cuanto, aunque se declara que el incumplimiento tiene que revestir unas características de importancia y esencialidad, y se argumenta que hay que valorar dicha importancia en los incumplimientos alegados para saber si todos se pueden calificar como resolutorios o, en su caso, cuál de ellos es provocador del otro, también es cierto que no todas las sentencias entran a realizar dicha valoración inclinándose, en ocasiones, por realizar una resolución más “práctica” –y criticable- en base al mutuo disenso amparado por la petición de resolución contractual por parte de franquiciado y franquiciador.

Esta cuestión ha sido analizada por la doctrina, la cual llega a conclusiones similares a las apuntadas, llegando a afirmar en algunos casos que lo que realmente establece la jurisprudencia no es el cumplimiento del demandante si no su no incumplimiento²³⁰.

Por su parte, sobre los incumplimientos recíprocos podemos establecer tres criterios a tener en cuenta para determinar cuál de los dos

²³⁰ En este sentido se expresa CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 173-175. En un sentido muy similar ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 240-241, donde viene a establecer que la acción resolutoria corresponde al perjudicado y que el que incumple como consecuencia del incumplimiento anterior conserva el derecho de resolución.

incumplimientos es prevalente²³¹. El primero sería el criterio cronológico, por el que el incumplimiento anterior en el tiempo es el que da lugar a la resolución. El segundo sería el criterio causal, por el que da lugar a la resolución el incumplimiento que sea causa del otro. Y el tercero sería el de proporcionalidad, por el que da lugar a la resolución el incumplimiento con mayor importancia en la economía del contrato.

Sobre la decisión de los tribunales de acordar la resolución por mutuo disenso cuando es solicitada por ambas partes, se ha sostenido que la resolución por mutuo disenso no debe decretarse en el supuesto de que los incumplimientos no revistan la relevancia suficiente puesto que el juez no puede declarar la resolución si no se dan sus presupuestos. En ese caso las partes deberían llegar a un acuerdo y pleitear, en su caso, sólo en cuanto a la indemnización de los daños sufridos²³².

Otras voces van un poco más allá al afirmar que, cuando ambas partes piden la resolución, realmente no existe un mutuo disenso, puesto que no hay acuerdo en los hechos que motivan el incumplimiento ni a cuál de las partes deben seguirle las consecuencias desfavorables de la resolución, como pueden ser, entre otras, la indemnización por daños y perjuicios²³³.

Compartimos estas opiniones autorizadas, al entender que los Tribunales no deberían dictar resoluciones aplicando el mutuo disenso, puesto que el

²³¹ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 178-179.

²³² CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 182-183.

²³³ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 287-288.

mismo no se ha producido. Si existiese mutuo disenso las partes no tendrían necesidad de presentar su controversia ante los Tribunales, resolviendo el contrato de franquicia de mutuo acuerdo. Además, cuando las partes se presentan ante los Tribunales lo habitual es que reclamen no solo la resolución, sino una serie de reclamaciones derivadas de la misma, como pueden ser la aplicación de cláusulas post-contractuales, indemnizaciones, etc. Y para resolver sobre estas otras reclamaciones deberán señalar primero quien es el causante del incumplimiento y que responsabilidad genera el mismo.

No obstante, también existe otro sector doctrinal que mantiene la tesis contraria²³⁴, y entiende que si las dos partes pretenden resolver el contrato, procede que la sentencia declare la resolución por mutuo disenso. En este caso se argumenta que si no se han acreditado los incumplimientos denunciados no se deberían establecer consecuencias indemnizatorias para ninguna de las partes. En el supuesto de que sí se hayan acreditado los incumplimientos, pero no se pueda establecer una secuencia entre ellos, se aboga por que se declare el contrato resuelto por incumplimiento mutuo.

Disentimos de esta última opinión por lo referido anteriormente, y porque entendemos que, en el caso de que no se puedan acreditar los incumplimientos de ninguna de las partes, tampoco procederán efectos indemnizatorios debiendo el Tribunal proceder a declarar el contrato como vigente, ante la falta de incumplimiento, y delegar en la posterior voluntad de las partes la resolución del mismo por acuerdo. Y en el caso de que sí que

²³⁴ Como ejemplo podemos indicar a CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., pág. 1120.

se acrediten los incumplimientos, se debería resolver sobre cuál de ellos es el responsable de la resolución, con el fin de poder resolver también sobre el resto de los pedimentos que, casi con toda seguridad, acompañaran a la demanda o reconvencción.

Por su parte, también resulta procedente analizar qué sucede respecto a la resolución del contrato de franquicia en el supuesto de que se produzca un retraso en el cumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por las partes, con el fin de poder determinar si dicho retraso se puede considerar como incumplimiento resolutorio o no.

A estos efectos debe precisarse que se producirá retraso en el cumplimiento cuando exista un plazo para la ejecución de la obligación y la prestación no se ejecute en el momento señalado. Dicho plazo podrá haberse establecido en la formalización del contrato, o bien porque exista un requerimiento del acreedor al deudor.

En tal sentido, en los casos en los que entendamos que la resolución se ejercita por voluntad del acreedor sin necesidad de acudir a la vía judicial, opción esta con la que manifestamos nuestra adhesión en los casos de resolución de contratos de franquicia por incumplimiento, la previa constitución en mora del deudor es imprescindible, puesto que el incumplimiento existe cuando el deudor es puesto en dicha situación²³⁵.

²³⁵ En este sentido ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 271, señala que «si no se quiere que el deudor quede privado de la facultad de cumplir, es preciso que esa declaración unilateral de resolución vaya precedida de la concesión al deudor de un plazo para que pueda efectuar el cumplimiento, por lo que la declaración de resolución deberá

En términos muy similares se expresan otros autores al entender que dicho requerimiento es útil para el futuro ejercicio del remedio resolutorio, puesto que la utilidad de la constitución en mora a través del mismo se deriva del hecho de que pone en evidencia la existencia de falta de cumplimiento y la persistencia en el incumplimiento, a pesar de la invitación a cumplir²³⁶. Según esta opinión debería establecerse siempre el sistema de segunda oportunidad para poder resolver el contrato por incumplimiento en los supuestos en los que exista mora, pudiendo convertir, de esa manera, el simple retraso en incumplimiento resolutorio.

Si el retraso es imputable al no cabría la resolución del contrato. Pero en el supuesto de que el retraso sea imputable al deudor el Tribunal Supremo ha establecido una serie de criterios para entender si debe decretarse la resolución del contrato o no²³⁷. Con base en dichos criterios el mero retraso, cuando la prestación sigue siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. En estos supuestos el tribunal denegará la resolución, la considerará no ajustada a Derecho, o señalará un plazo suplementario para el cumplimiento definitivo.

hacerse requiriendo al deudor para el cumplimiento dentro de un determinado plazo y conminándole con la resolución del contrato, si no ejecuta dentro de aquél».

En este sentido también se expresa MONTÉS PENADÉS, V., «Incumplimiento de la obligación», *Derecho civil...*, cit., págs. 135-136, al afirmar que para que exista mora es necesario que se den una serie de requisitos entre los que se encuentran que haya llegado el vencimiento de la obligación y que exista una interpelación o intimación del acreedor al deudor.

²³⁶ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004, pág. 440.

²³⁷ El establecimiento de dichos criterios, por parte del Tribunal Supremo, son recogidos por CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 321-327.

Habrà, sin embargo, resoluci3n en los supuestos en los que el retraso determine una frustraci3n del fin pràctico perseguido por el negocio, o si el mismo evidencia una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del deudor.

Tambi3n entiende la doctrina que el mero retraso no equivale a un incumplimiento resolutorio al manifestar que, si bien el incumplimiento puede venir dado por una inactividad o pasividad del deudor, no es suficiente para dar lugar a la resoluci3n el mero retraso, aun cuando ese retraso d3 lugar a da1o indemnizable, lo cual no implica la resoluci3n²³⁸. O que no basta el no cumplimiento en tiempo, puesto que el mero retraso no siempre implica que se frustre el fin pràctico perseguido por el negocio²³⁹. No frustràndose dicho fin podr3a no existir inter3s en la resoluci3n del contrato, no pudi3ndose llegar a decir, ademàs, que el cumplidor haya sufrido perjuicio, por lo que no se podr3a equiparar el mismo al perjudicado que indica el art3culo 1.124 del C3digo Civil.

En consecuencia parece que la mora, como situaci3n cualificada de retraso, es siempre incumplimiento, pero no toda situaci3n de mora tiene porque generar un incumplimiento resolutorio. Cuando el incumplimiento sea definitivo, aunque se produjese un cumplimiento posterior, el primero habr3 frustrado las leg3timas expectativas del acreedor y ya no ser3 capaz

²³⁸ ÀLVAREZ VIGARAY, R., *La resoluci3n...*, cit., pàg. 219.

²³⁹ D3EZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos...*, cit., pàg. 50.

de corresponder al esfuerzo deudor que éste, a su vez, ha realizado o está dispuesto a realizar para cumplir²⁴⁰.

Por la tanto, el retraso, para que se constituya como incumplimiento resolutorio, deberá frustrar el interés contractual tenido en cuenta por las partes en el momento de contratar. Frustrará dicho interés cuando las partes hayan elevado el tiempo de cumplimiento a término contractual esencial, pudiendo considerarse, en esos casos, el mero retraso como condición resolutoria expresa.

La constitución en mora del deudor no es, como tal, requisito necesario para resolver el contrato por incumplimiento, pese a que en un buen número de casos la misma se encontrará implícita en las actuaciones del acreedor tendentes a obtener la resolución. Habrá supuestos en los que la mora se pueda considerar como un retraso en la ejecución y no como incumplimiento resolutorio. En último extremo, la notificación de la demanda pondría en situación de mora al deudor²⁴¹.

No obstante, en nuestra opinión, esta última afirmación tendría validez en los supuestos en los que la resolución ha de ejercitarse a través de la vía judicial, pero no cuando entendamos que en nuestro ordenamiento jurídico, la resolución puede declararse por voluntad del acreedor sin necesidad de acudir a los tribunales. Creemos que la no ejecución de la obligación

²⁴⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, págs. 293-295.

²⁴¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit. Pág. 270.

pendiente tras la presentación de la demanda puede suponer más una confirmación de la voluntad incumplidora del deudor que una constitución en mora, puesto que la misma ya se habría producido por parte del deudor al no llevar a cabo su obligación antes de dicha presentación.

IV. EL EJERCICIO JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN.

En nuestro ordenamiento parece clara la facultad de la parte cumplidora, una vez se verifiquen los requisitos, de proceder a la resolución del contrato de franquicia sin necesidad de presentar la oportuna demanda ante los Tribunales. En este sentido hemos mencionado ya las sentencias del Tribunal Supremo nº 485/2012, de 18 de julio, la nº 5933/2009, de 30 de julio, o la nº 1048/2004, de 27 de octubre, entre otras.

Como apunta el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia nº 485/2012, de 18 de julio, la facultad resolutoria «puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato –Sentencia 399/2007, de 27 de marzo-. Y que no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso; derechos o facultades que se actúan

normalmente no por medio de una acción, sino de una declaración de voluntad recepticia que genera el efecto deseado una vez producida la notificación del destinatario, de suerte que la intervención de los organismos jurisdiccionales sólo es menester cuando el afectado discuta la eficacia de la declaración potestativa, salvo supuestos excepcionales (sentencias 1048/2004, de 27 de octubre, y 700/2005 de 3 de octubre)».

Sin embargo, la dicción del artículo 1.124 del Código Civil no se decanta claramente en el sentido de que sea necesario el ejercicio judicial o no para ejercer la acción resolutoria. De hecho, la admisión en nuestro Derecho de una resolución extrajudicial, tal y como apunta la doctrina²⁴², se debe principalmente a las sentencias emanadas del Tribunal Supremo, que a través de las mismas se ha encargado de interpretar el precepto.

La jurisprudencia ha venido a indicar dos líneas en este sentido. En primer lugar se admite la resolución extrajudicial si el deudor acepta la misma. Si no es aceptada, la resolución deberá ser sancionada por el Tribunal, teniendo la sentencia carácter constitutivo. En segundo lugar se establece la línea jurisprudencial que señala que la sentencia ha de limitarse a declarar si la resolución se ajustó o no a Derecho. En estos casos la sentencia tendrá carácter declarativo, puesto que se limita a apreciar si ha existido incumplimiento, y si éste tiene la suficiente entidad para

²⁴² SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., pág. 307.

determinar la resolución. Atendiendo a esta segunda línea el que resuelve es el acreedor y no el Tribunal²⁴³.

La mejor doctrina en la materia entiende la segunda de las opciones, la que aboga por el carácter declarativo de la sentencia, más consecuente con el carácter de facultad, entendiendo la misma como derecho potestativo, que el artículo 1.124 del Código Civil atribuye a la resolución por incumplimiento. Si la sentencia fuese constitutiva la resolución no podría ser entendida como facultad del acreedor, sino como una potestad conferida a los Tribunales²⁴⁴.

Compartiendo esta postura entendemos que, aunque haya un control por parte de los Tribunales sobre la decisión del perjudicado, la resolución desencadena sus efectos desde que se comunica a la parte incumplidora y ésta recibe tal comunicación²⁴⁵. Por lo tanto, la sentencia no constituye la resolución, sino que declara la ya producida extrajudicialmente.

Así, la Sentencia nº 504/2008, de 14 de noviembre, de la Sección Decimotercera, de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Fundamento de Derecho Cuarto dice que cuando la parte frente a la que se resuelve el contrato de franquicia no está conforme, cualquiera de ellas puede «suscitar

²⁴³ En este sentido se expresa CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 123-129. Aboga de una forma clara también por el carácter declarativo de la sentencia SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., pág. 32.

²⁴⁴ CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 132.

²⁴⁵ En este sentido se posiciona también GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios...*, cit., pág. 299, DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, cit., pág. 195 y MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., págs. 158-159.

contienda ante los tribunales y se pronunciará el órgano judicial en relación con la resolución hecha fuera del proceso, ratificándola o privándola de efectos, sin que el pronunciamiento sea constitutivo». Continúa la Audiencia decretando que los efectos de la resolución del contrato de franquicia litigioso son los de la fecha de la notificación de la resolución y no los de la fecha de la sentencia del Juzgado.

Al admitir la validez en nuestro derecho de la resolución por declaración del acreedor o perjudicado, podemos apuntar también que si la declaración es impugnada por la otra parte la misma queda sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar bien hecha la resolución o no ajustada a Derecho²⁴⁶.

Por lo tanto, la sentencia será declarativa con la excepción de que el Tribunal otorgue nuevo plazo y el mismo no se cumpla. En este segundo supuesto la opinión de algunos autores es que la sentencia que declare la resolución tendrá carácter constitutivo²⁴⁷. Incluso se ha abogado por el carácter declarativo de la sentencia y el posible examen de la resolución por parte de los Tribunales, entendiendo que la resolución puede ejercerse por declaración del perjudicado por ser la misma un acto de voluntad de las partes que entiendan o consideren que exista incumplimiento de la

²⁴⁶ Esta opinión es dada por ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 326-328. En el mismo sentido SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., págs. 353 y 364 y MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 276, que aunque lo exponga para el contrato de concesión lo entendemos plenamente aplicable al contrato de franquicia por la similitud entre los mismos.

²⁴⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 328 y DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, cit., pág. 192.

contraria, y que, por ello, la sentencia judicial se limita a sancionar la validez o invalidez de esa resolución²⁴⁸.

Siguiendo la misma línea argumental se puede apuntar, además, que en el supuesto de oposición por la parte que recibe la notificación de resolución el actor deberá acudir a tribunales, no porque la oposición neutralice la resolución, sino porque una parte no puede provocar por su propia autoridad una modificación del *status quo* material resultante del contrato²⁴⁹.

Sin embargo, existe alguna autorizada voz discrepante²⁵⁰ que entiende que el contrato subsiste hasta que haya una sentencia judicial que declare su resolución, salvo si es por acuerdo entre las partes, donde la resolución opera desde el momento en el que el deudor otorga su consentimiento.

De la misma opinión, y en concreto para el contrato de franquicia, se ha señalado que la Sentencia que se pronuncie sobre la resolución no ha de ser meramente declarativa sino que tendrá un carácter constitutivo tendente a producir el cambio de situación precedente de vinculación contractual que los contratantes *per se* no pudieron realizar²⁵¹.

²⁴⁸ SALAS CARCELLER, A., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, pág. 404.

²⁴⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., págs. 1141-1142.

²⁵⁰ Recogemos dicha opinión desde la referencia que realiza SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., pág. 319.

²⁵¹ HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 392.

En el Derecho comparado se establecen también diversas opciones con respecto a la necesidad de recurrir a los tribunales o no con el fin de obtener la resolución del contrato de franquicia. Así, en ordenamientos como el francés, es necesaria la decisión judicial para que la resolución tenga efectos. En cambio, en ordenamientos como el alemán, el austriaco o el serbio, la resolución puede tener carácter extrajudicial, teniendo efectos la misma desde el momento en el que la parte incumplidora recibe la notificación²⁵².

Una cuestión procesal relevante es saber en qué forma puede solicitarse por el demandado la resolución en los supuestos en los que el mismo solicite también la resolución del contrato alegando incumplimientos, a su vez, del demandante. Entendemos, como hace la doctrina, que el demandado podrá pedir la resolución mediante reconvencción, pero no en forma de excepción, ya que el mismo no se limita a solicitar que se le absuelva de los pedimentos de contrario, sino que hace una petición nueva de condena contra el demandante, salvo si se tratase, lógicamente, de un supuesto en el que ya se hubiese producido una resolución convencional o ya declarada judicialmente²⁵³.

²⁵²Ver, PARIVODIC, M., «Termination of franchise contracts. A comparative study», *International Journal of Franchise Law*, Claerhourt Publishing, Vol. 7 Issue 5, 2009, págs. 5-26.

²⁵³ Siguen este criterio, entre otros autores, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., pág. 287, CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., pág. 133, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios...*, cit., pág. 299, SALAS CARCELLER, A., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», *Estudios...*, cit., págs. 414-415, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., págs. 1142-1143, SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., pág. 365 o MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 159 que señala

La Sentencia nº 567/2009 del Tribunal Supremo, de 30 de julio, también señala que la resolución ha de solicitarse mediante demanda o reconvencción, no cabiendo la excepción. A los efectos indica en su Fundamento de Derecho Noveno que el efecto extintivo de la resolución sólo se produce extrajudicialmente cuando no hay oposición de la otra parte, pero si existe dicha oposición la sentencia deberá declarar si la resolución está bien hecha, «para lo cual es preciso que se inste tal declaración mediante demanda o reconvencción, sin que baste una excepción».

V. BREVE ANOTACIÓN SOBRE EL PLAZO SUPLEMENTARIO.

El párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil establece que «*el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo*». Por tanto, en virtud del precepto, el Tribunal que esté conociendo de una demanda por resolución contractual derivada de un incumplimiento, podrá conceder al incumplidor un nuevo plazo para que proceda a ejecutar la obligación no cumplida o a subsanar la mal cumplida.

El artículo establece una potestad del Tribunal en los asuntos en los que entienda que, otorgando este nuevo plazo, el incumplidor procederá a ejecutar la obligación incumplida. Dicha posibilidad no necesita la aquiescencia del demandante, aunque entendemos que el Tribunal deberá

que la resolución no puede oponerse por vía de excepción, sino siempre por vía de acción y que «en todo caso ha de solicitarse por vía de acción, en demanda o en reconvencción».

valorar si realmente existe posibilidad y/o voluntad de cumplimiento, y si dicho cumplimiento enervará la frustración en la finalidad perseguida por el demandante al concluir el contrato y que, supuestamente, ha debido decaer con el incumplimiento demandado.

Aunque no se diga nada en el texto normativo parece que el Tribunal también deberá tener en cuenta si ya ha sido otorgado un plazo suplementario para el cumplimiento por parte del demandante, supuestos en los que entendemos que, no habiéndose ejecutado la obligación con esa segunda oportunidad otorgada por la parte cumplidora, no debe proceder la concesión del plazo judicial.

En este mismo sentido un sector de la doctrina señala que, si ya se ha dado plazo de gracia, el Juez no debe otorgar plazo adicional para el cumplimiento. Y ello por dos motivos²⁵⁴. En primer lugar, porque estaríamos ante una situación antieconómica que aumenta el esfuerzo deudor y los costes de indemnización. Y en segundo lugar, porque el plazo extrajudicial priva de la justificación al judicial, que se establece como restrictivo.

Cuando el Tribunal entienda que el incumplidor no cumplirá pese al otorgamiento del plazo, el mismo no procederá. No tendría sentido el otorgamiento de dicho plazo de gracia, que reiteramos no es de concesión obligatoria, cuando el incumplidor haya puesto de manifiesto su voluntad o su incapacidad para cumplir, aunque el cumplimiento fuese objetivamente

²⁵⁴ Es de este parecer GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios...*, cit., págs. 297-298.

posible y útil al demandante. Recordemos que la negativa a cumplir puede asimilarse a un incumplimiento esencial a efectos resolutorios²⁵⁵.

La concesión de un plazo extrajudicial por parte del demandante puede tener como consecuencia que, por ejemplo, el retraso no esencial pueda convertirse en incumplimiento resolutorio, cuando el deudor sigue sin cumplir al final del plazo, por lo que no tendría ningún sentido otorgar un nuevo plazo por parte del Tribunal cuando consta la voluntad incumplidora²⁵⁶.

En este sentido, la doctrina ha señalado que, si el juez entiende que existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento y, por lo tanto, mala fe del deudor, procederá la resolución del contrato. Si no se aprecia por el juez tal actitud, entonces podrá conceder nuevo plazo.

En este caso cabe la pregunta de si no habría que cambiar este criterio por el de que el incumplimiento haya hecho desaparecer el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato, tanto si el incumplimiento es doloso como si es simplemente culpable, teniendo en cuenta la evolución de

²⁵⁵ En este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios...*, cit., págs. 301-302, quien traspone el contenido siguiente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2008, «la abierta negativa a cumplir determinadas obligaciones cuyo incumplimiento no tiene normalmente efectos resolutorios puede interpretarse como una intención del contratante incumplidor de no considerarse vinculado por el contrato, y puede legitimar al acreedor para la resolución».

²⁵⁶ Tanto la Convención de Viena como los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de Contratos contienen previsiones que permiten transformar el retraso no esencial en incumplimiento resolutorio cuando el cumplidor concede plazo extrajudicial y se mantiene el incumplimiento. También, por ejemplo, el artículo 66 bis del TRLGCU.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacia una mayor objetivación del incumplimiento resolutorio que encuentra su raíz en dicha frustración del fin del contrato²⁵⁷.

En nuestra opinión carece de sentido otorgar plazo para el cumplimiento de una obligación cuando el acreedor de la misma ha perdido el interés, o ha visto frustradas las expectativas que tenía con el cumplimiento del contrato. Más allá de la voluntad o mala fe del incumplidor, el Tribunal deberá valorar si permanece vivo el interés del demandante en el cumplimiento, máxime si nos estamos refiriendo al cumplimiento de un contrato de franquicia, donde es fundamental la confianza entre las partes y donde hablamos de prestaciones continuadas en el tiempo.

La posibilidad de conceder el nuevo plazo judicial es potestativa para el Tribunal, sin que dicha facultad haya de considerarse de carácter absoluto. Como se ha indicado²⁵⁸, su ejercicio está sujeto a la concurrencia de causas justificadas, como lo puede ser singularmente el supuesto de que la obligación no haya señalado plazo pero de su naturaleza y circunstancias se deduzca que ha querido concederse al deudor o haya quedado a su arbitrio.

Existen, por tanto, una serie de circunstancias a tener en cuenta en relación con el posible señalamiento de un plazo suplementario por parte

²⁵⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 247-249.

²⁵⁸ SALAS CARCELLER, A., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», *Estudios...*, cit., pág. 409.

del Tribunal que vienen a completar lo comentado hasta el momento²⁵⁹: El señalamiento de nuevo plazo será improcedente cuando se trate de contrato con término esencial para el cumplimiento o cuando la obligación sea imposible; No deberá concederse el plazo al deudor doloso y de mala fe, debiendo de tener en cuenta el juez, además, la ausencia o poca gravedad del perjuicio; El juez debe valorar el riesgo que corre el acreedor de ver no correspondida su prestación ya ejecutada; En los contratos mercantiles se excluye la concesión de plazo discrecional para el cumplimiento, en virtud del artículo 61 del Código de Comercio²⁶⁰, y con el fin de que las obligaciones comerciales ofrezcan la mayor seguridad en cuanto al tiempo en que deberán cumplirse.

Como ya se ha indicado, los efectos de la resolución se entienden producidos desde que el incumplidor recibe la notificación resolutoria de la otra parte, incluso cuando existe demanda, puesto que la sentencia dictada en el correspondiente procedimiento tiene efectos declarativos de tal resolución. Ahora bien, cuando existe un plazo otorgado por el Tribunal, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, podemos entender que los efectos de la resolución se producirán desde el momento en el que finaliza el plazo señalado, y el demandado no ha cumplido con el requerimiento efectuado por el Tribunal. Del mismo modo que los efectos resolutorios se entienden desde el momento en el que el cumplidor ofrece plazo extrajudicial al

²⁵⁹ Esta enumeración la extraemos de ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 314-317.

²⁶⁰ El artículo 61 del Código de Comercio establece que «*No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho*».

incumplidor para que cumpla su obligación. En estos supuestos el carácter de la sentencia sería constitutiva de la resolución y no declarativa.

Por tanto, como ha señalado la doctrina²⁶¹, no hay ninguna incompatibilidad fundamental entre la validez de una resolución extrajudicial y la competencia del juez para conceder plazo de gracia. Cuando ello ocurra, la sentencia se limitará a subordinar la eficacia de la resolución, ya declarada, al transcurso de un nuevo plazo de cumplimiento; cuando éste se produzca, y siga sin cumplirse, la declaración resolutoria habrá producido su efecto, sin necesidad de que se reproduzca ni de que la resolución como estado jurídico haya tenido que ser producida por la sentencia que concede una demora.

En nuestra opinión, como se ha afirmado por la doctrina²⁶², si el Código Civil recogiese una regulación más completa de la resolución, donde se incluyese la necesidad de realizar un requerimiento por parte del cumplidor, señalando un plazo mínimo para el cumplimiento, sería del todo innecesario el otorgamiento de un plazo suplementario por parte del Tribunal, quedando la contienda judicial para la resolución de las

²⁶¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., pág. 1143.

²⁶² Esta opinión la expresa ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 333-334 con respecto al plazo suplementario, si bien el autor entiende que sería también improcedente la contienda sobre la validez de la resolución. También señala la falta de regulación del plazo adicional SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato...*, cit., pág. 33, quien la entiende como una carencia de nuestro Derecho. Este autor entiende que la concesión de este plazo cumple dos funciones muy importantes: «por un lado, protege los intereses del deudor, al otorgarle una última oportunidad de cumplir antes de que tenga lugar la resolución del contrato; por otro, ofrece al contratante perjudicado la garantía de que no se le va a reprochar una precipitación en el ejercicio de la facultad resolutoria».

controversias derivadas de las reclamaciones por incumplimientos recíprocos.

Este plazo adicional supone, además, una protección de los intereses de ambas partes. Con respecto al acreedor cumplidor, el mismo no se ve obligado a permanecer vinculado al contrato de forma indefinida, pese a que exista un incumplimiento, o varios, de la otra parte, cuando éstos no tengan carácter esencial o el mismo no pueda probarse. Y con respecto al deudor incumplidor, el mismo no se ve sorprendido por una resolución no querida, pudiendo cumplir su obligación. Además, la concesión de un plazo por la parte cumplidora, de forma previa a la resolución del contrato, encajaría perfectamente con el carácter de mutua confianza que ha debido regir la relación de franquicia y con el principio de conservación de los contratos.

Este plazo adicional ya viene recogido en otros ordenamientos de nuestro entorno como el italiano, donde a pesar de mantener la resolución judicial, se prevé como excepción a la misma el supuesto en el que el acreedor haya otorgado por escrito un plazo razonable al deudor para que cumpla, y le haya notificado que, en caso de continuar el incumplimiento, el contrato quedará resuelto²⁶³.

²⁶³ El artículo 1454 del Código Civil Italiano establece que:

«Alla parte inadempiente l'altrapuò intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, de corso inútilmente detto termine, il contratto s'intenderà risoluto.

Il termine non può essere inferiore a quin dici giorni, salvo diversa pattuzione delle parti o salvo che, per la natura dell contratto o secondo gliusi, risulti congruo un temine minore.

Decorso il teminesenza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto».

El Código Deontológico de la Asociación Italiana de Franquiciadores, en su artículo 10, establece que la resolución automática del contrato debe limitarse a los casos en los que se incumpla cláusulas importantes, y en los supuestos de incumplimientos de cláusulas de menor importancia se deberá prever en el contrato algún modo de requerimiento para que la parte incumplidora pueda subsanar el incumplimiento cometido²⁶⁴.

También en otros ordenamientos como el norteamericano se recoge la existencia del plazo suplementario. La mayoría de los estados exigen que el franquiciador notifique por escrito su intención de resolver el contrato y otorgue un plazo para poder subsanar el posible incumplimiento. Así, la *Wisconsin Fair Dealership Law*, en su sección 135.04 establece un plazo de notificación de 90 días y un plazo de rectificación o subsanación de 60 días, con la excepción de los supuestos de insolvencia o concurso, donde no se exige la concesión de un plazo de rectificación. El mismo plazo de 60 días es el exigido por la *Connecticut's Franchise Relationship Law*²⁶⁵.

Texto copiado de http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm

²⁶⁴ El artículo citado recoge que en caso de incumplimiento de menor importancia el contrato debe establecer «*una procedura di messa in mora della parte che ha comesso la vilazione, per dare modo ad essa di sannere l'inadempimento*». La referencia la hemos extraído de TRIPODI, E.M., OANDOLFINI, V., IANNOZI, P., *Il manuale...*, cit., pág. 575.

²⁶⁵ NYE, R.J. y SHEIDER, J.A., *Bussiness franchise...*, cit., págs. 144-145.

CAPÍTULO 3. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

I.- INTRODUCCIÓN.

En el contrato de franquicia conviven diversos tipos de obligaciones, lo que supone que no siempre se trata de cumplir con un acto concreto o determinado sino de llevar a cabo una actividad en la que se interrelacionan también importantes deberes de colaboración²⁶⁶. Por ello no es tan fácil delimitar qué incumplimientos pueden ser tomados en sí mismos como causa de resolución del contrato, puesto que, en ocasiones, nos estaremos refiriendo al incumplimiento de obligaciones consideradas por las partes como principales, pero en otras puede bastar el incumplimiento de una obligación accesoria para que se entienda que existe causa de resolución del contrato.

No obstante, en la mayoría de los contratos de franquicia escritos las partes establecen cuales son las causas cuyo incumplimiento posibilita la resolución del contrato, quedando en estos casos establecidas las mismas. Debiendo criticar, lo que cada vez es más habitual en la práctica, de recoger cláusulas genéricas que establecen como causa de resolución el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el mismo,

²⁶⁶ Así, HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 310.

sin tener en cuenta la consideración de la importancia en la economía comercial de las mismas.

En el sistema estadounidense, y haciendo uso de un estudio realizado sobre las cláusulas tipo que contienen los contratos de franquicia en dicho país, comprobamos cómo esas cláusulas de resolución, o *events of termination*, son muy similares a las que podemos manejar en España, incluyendo la falta de pago, que el franquiciado actúe en detrimento del buen nombre o reputación del franquiciador, etc., recogiendo también la posibilidad de resolver el contrato por el incumplimiento de cualquier otra obligación establecida en el contrato o en cualquier otro acuerdo²⁶⁷.

Del mismo modo, también se ha realizado algún estudio en el que incluía las causas de resolución del contrato de franquicia en países de nuestro entorno como Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Suiza o Serbia, entre otros, llegando a una conclusión muy similar, puesto que las causas de resolución en estos países también son muy parecidas a las que encontramos en España, destacando como causas de incumplimiento del franquiciador las relacionadas con el *know-how* o la falta de asistencia, y como causas de incumplimiento del franquiciado las relativas a la no competencia, el impago o los casos de insolvencia²⁶⁸.

²⁶⁷Ver, McCALLUM, R. A., *Franchising. An accounting, auditing and income tax guide*, John Wiley & Sons Inc., 1993, pág. 185.

²⁶⁸ Hacemos uso del estudio realizado por PARIVODIC, M., «Termination of franchise...», cit., págs. 5-26.

Nuestra intención en el presente capítulo es analizar las principales causas que provocan en la práctica la resolución de los contratos de franquicia como consecuencia del incumplimiento de los mismos. No es el objeto de este trabajo tratar con detalle todas y cada una de las causas que pueden generar dicho incumplimiento, puesto que dependiendo del contrato nos podemos encontrar con que el incumplimiento de cualquier obligación que contenga el mismo puede traer como consecuencia la resolución. Por lo tanto, nos centraremos en analizar las que entendemos como causas más relevantes, o más habituales, para provocar o reivindicar la citada resolución del vínculo contractual y que, como consecuencia de ello, han sido recogidas por la jurisprudencia.

A efectos metodológicos hemos dividido las posibles causas de resolución estudiadas desde la perspectiva del sujeto incumplidor. Con ese fundamento analizaremos las mismas en dos grandes grupos. Los tres primeros apartados están dedicados a las causas de resolución provocadas por incumplimientos del franquiciador, centrándonos en los incumplimientos derivados de la transmisión del modelo de empresa, como pueden ser los elementos inmateriales que forman parte de la propiedad intelectual, la transmisión del *know-how*, o la falta de formación o asistencia.

En los dos apartados siguientes analizaremos las principales causas de resolución del contrato de franquicia derivadas de incumplimientos por parte del franquiciado, centrándonos en la obligación de explotación de la franquicia siguiendo las directrices pautadas, y en el incumplimiento derivado de la obligación de pago.

Esta división de acuerdo con el sujeto incumplidor no puede evitar que, en determinadas ocasiones y para una comprensión más precisa del supuesto analizado, tengamos que introducir algún incumplimiento del franquiciado en las causas del franquiciador o viceversa. Nos sucederá, por ejemplo, cuando analicemos el incumplimiento del franquiciador en relación a los signos distintivos, donde tendremos que analizar también el mal uso de esos signos por parte del franquiciado, y el posible daño que el mismo puede causar a la red²⁶⁹.

Por último, hemos dejado como apartado final de este capítulo la problemática derivada de la posible resolución del contrato de franquicia en los supuestos de declaración de concurso, donde sí que entraremos a analizar las posibles consecuencias de la declaración tanto del franquiciador como del franquiciado.

Si bien, con carácter previo se estima oportuno hacer una breve referencia a cómo los incumplimientos de las dos obligaciones legales impuestas al franquiciador, esto es, la no inscripción en el Registro de Franquiciadores, y el incumplimiento del deber de información precontractual, no pueden ser calificados jurídicamente como incumplimientos resolutorios del contrato.

²⁶⁹ Entendiendo, como hemos apuntado, que dicho estudio conjunto supone una visión más concreta del tema presentado.

II. EL CARÁCTER NO RESOLUTORIO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL FRANQUICIADOR.

En relación con la obligación de inscripción en el Registro de Franquiciadores, como ya se ha dicho, éste es un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos efectos de información y publicidad.

En este sentido, como ha explicado la doctrina²⁷⁰, la comunicación al Registro de Franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad. La falta de comunicación de datos transcurrido el citado plazo conlleva la correspondiente sanción prevista en la LOCM. Por ello debe tomarse en consideración que, tal y como ha señalado la jurisprudencia, el incumplimiento del franquiciador de la obligación de inscribirse en el Registro de Franquiciadores sólo tiene consecuencias administrativas y, por tanto, no afecta a la validez y eficacia de los contratos de franquicia.

En este sentido se pronuncia la SAP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003, que advierte sobre la irrelevancia jurídico-privada que tiene el incumplimiento del deber de registro administrativo, «que podrá tener la, consecuencias sancionadoras de orden gubernativo que sean», pero que no justifica, en su caso, una nulidad del contrato, ni –añadimos nosotros- puede ser fundamento de la resolución del contrato su incumplimiento.

²⁷⁰ RUIZ PERIS, J.I./ MARTÍ MIRAVALLS, J., *La franquicia...*, cit.

En la misma línea, en sede penal, la STS de 16 de febrero de 2012 señala que «el hecho de que no estuviese registrado en el Registro de franquicias el nombre y marca comercial» no puede ser constitutivo del engaño definidor del delito de estafa: «... ya constaba con toda claridad en el contrato de franquicia suscrito con la querellante, por lo que no puede alegar un desconocimiento de lo que expresamente estaba reconocido en el contrato suscrito, por lo que no puede alegar engaño por el desconocimiento de un dato que constaba en el propio contrato».

La otra cuestión a analizar en este apartado es si el incumplimiento, total o parcial, del deber de información precontractual establecido por el artículo 62 LOCM puede ser causa de incumplimiento resolutorio. Y la respuesta debe negativa.

Que el franquiciador no otorgue la información a la que está legalmente obligado o la otorgue de una forma incorrecta, parcial o no veraz, puede conllevar la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento. Sobre ello existe abundante jurisprudencia analizada por la mejor doctrina²⁷¹. Pero este hecho no puede conllevar la resolución del contrato por incumplimiento, como en no pocas ocasiones se solicita ante los Tribunales.

En efecto, como recientemente se ha establecido la Sentencia nº 172/2018, de 23 de marzo del Tribunal Supremo sobre incumplimiento del deber de información precontractual, que, si bien dictaminada en un asunto relativo a productos financieros, entendemos plenamente aplicable a la

²⁷¹RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss. Más recientemente, RUIZ PERIS, J.I., *La problemática actual de las franquicias...*, cit., págs. 78 y ss.

franquicia en lo que a la información precontractual se refiere, el incumplimiento del deber de información precontractual no produce efectos resolutorios derivados del artículo 1.124 del Código Civil.

Así, en su Fundamento de Derecho Tercero, establece que «el incumplimiento de los deberes de información que competen a la entidad de servicios de inversión puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el art. 1.124 CC».

Esta decisión la toma en consideración a lo ya expuesto en la Sentencia nº 491/2017, de 13 de septiembre, donde señalaba que «el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información [...] puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria».

En términos similares sigue añadiendo que la falta de información puede afectar a la formación de la voluntad que se produce en la fase precontractual y previa a la celebración del contrato, incidiendo sobre la validez del mismo, por lo que el incumplimiento del deber de información «no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

En conclusión, el incumplimiento de las dos obligaciones legales, impuestas en el ordenamiento jurídico español al franquiciador, no son susceptibles de constituir causa de incumplimiento resolutorio del contrato de franquicia ex artículo 1.124 Cc. El incumplimiento de la obligación de registro puede generar la correspondiente responsabilidad administrativa por incumplimiento de la LOCM. Y el incumplimiento de la obligación de información precontractual puede anular el contrato por vicio del consentimiento. Pero en ninguno de los dos casos su incumplimiento puede ser causa de la resolución del contrato de franquicia.

III. INCUMPLIMIENTO DERIVADO DE LA TRANSMISIÓN DEL MODELO DE EMPRESA POR PARTE DEL FRANQUICIADOR.

Dentro de las obligaciones que el franquiciador asume con la celebración del contrato de franquicia es una de las principales la de la transmisión de su modelo de empresa al franquiciado²⁷². De hecho, la transmisión del modelo de empresa se constituye como la base del resto de obligaciones que asume el franquiciador y, posiblemente, como la esencia del contrato de franquicia, puesto que esa transmisión del modelo de empresa es la que atrae el interés del franquiciado hacia un franquiciador concreto de entre la oferta existente en el mercado.

El modelo de empresa que debe transmitir el franquiciador ha de estar basado en la experiencia propia y previa del franquiciador. Si atendemos a la literalidad de nuestro ordenamiento, no basta con transmitir un negocio

²⁷² RUIZ PERIS, J.I., Los tratos preliminares..., cit., pág. 66 y ss.

creado por el franquiciador, sino que dicho modelo de negocio debería estar basado en una experiencia previa y exitosa. Así lo establece el artículo 2 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que indica que el franquiciador cede al franquiciado *«el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito»*.

Si bien la norma no establece cuando podemos entender que un franquiciador viene desarrollando su negocio con suficiente experiencia y éxito, podemos acudir a otras fuentes para poder interpretar el precepto. Este es el caso de los Estatutos de la Asociación Española de Franquiciadores que, si bien no tienen fuerza de norma legal, pueden servirnos a modo de criterios interpretativos.

El artículo 9, apartado 2, de los Estatutos al establecer los requisitos que necesitan las empresas franquiciadoras para formar parte de la Asociación como miembros de pleno derecho, señalan en su letra a) que se considerará que una empresa está actuando como empresa franquiciadora cuando *«tenga abiertos al público cuatro establecimientos, de los que por lo menos dos sean franquiciados y lleven desarrollando de forma económicamente solvente la actividad propia del objeto de la franquicia por un período mínimo de dos años»*. No obstante, los mismos Estatutos admiten como miembros adheridos en su artículo 11 a los franquiciadores que no tengan abiertos los establecimientos indicados ni tengan la experiencia de los dos años.

La doctrina ha señalado que la fórmula comercial del franquiciador debe ser experimentada al menos en una unidad piloto²⁷³. Entendemos que ese deberá ser el mínimo, puesto que sin unidad piloto no puede existir ningún negocio que venga siendo desarrollado con éxito por el franquiciador, tal y como exige el Real Decreto 201/2010.

No se ha pronunciado la jurisprudencia sobre este aspecto, por lo que no podemos encontrar un argumento jurisprudencial que nos ayude a concretar en cuantos establecimientos y durante cuánto tiempo debe de haber experimentado el franquiciador su modelo de empresa. No obstante, sí que hace una referencia, aunque sea de soslayo, la Sentencia nº 504/2008, de 14 de noviembre, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando en su Fundamento de Derecho Tercero indica que «en lo que se refiere a la deficiente verificación, experimentación o ensayo del desarrollo de la franquicia, sólo con tres establecimientos pilotos franquiciados, funcionando desde un año antes de celebrarse el contrato de franquicia, no puede apreciarse error en la franquiciada». Por lo tanto, y en este supuesto, para el Tribunal parece suficiente que la empresa franquiciadora tuviese tres locales operativos durante un año para poder transmitir su modelo de negocio.

Independientemente de que no podamos acogernos a un criterio cierto en cuanto al número de establecimientos y el tiempo que deben estar

²⁷³ Este requisito es el que indica MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 105 o GIMÉNEZ GARCÍA, I., «El contrato de franquicia. Cuestiones generales», *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia* (dir. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.), Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 254-255 y 256.

abiertos, la obligación de que el franquiciador venga desarrollando con anterioridad la actividad que va a franquiciar y, por lo tanto, el modelo de empresa que va a transmitir a los franquiciados, tiene su fundamento en que a través de la franquicia no se transmite un conjunto de elementos con los que poner en marcha una empresa sino, «como parte esencial del contrato, su organización peculiar y novedosa que ha sido experimentada con éxito en el mercado»²⁷⁴.

Es por ello que la experiencia previa es un presupuesto que deviene como necesario para poder franquiciar el modelo de negocio que se pretende transmitir. Lo que se transmite con el contrato de franquicia es el derecho a usar el modelo de empresa en el sentido de la organización productiva creada por el franquiciador que, por su rentabilidad presente y futura, es lo que atrae a los posibles interesados y futuros franquiciados.

Tal y como se ha indicado por la doctrina, «no se trata únicamente de transmitir el derecho a usar un método de comercialización o fabricación que haya tenido éxito, sino de la configuración de la empresa que el franquiciador ha creado incluido los signos distintivos que identifican su establecimiento»²⁷⁵, o «no se trata de una mera autorización de uso sino también de explotación, por lo que el franquiciador deberá poner a disposición del franquiciado el bien jurídico y hacer todo lo necesario para

²⁷⁴ MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 105.

²⁷⁵ RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 67-68.

que éste quede en condiciones efectivas de explotarlo con la finalidad para la que se le ha autorizado»²⁷⁶.

Por lo tanto, el franquiciador está obligado a transmitir su modelo de empresa, probado y exitoso, al franquiciado, e incumplirá dicha obligación en el supuesto de que no se produzca la transmisión del modelo o de alguno de los elementos del mismo. El franquiciador transmite al franquiciado, dentro del modelo de empresa, bienes inmateriales, materiales, asistencia técnica y comercial, formación, etc., por lo que es improbable que exista un incumplimiento consistente en la no transmisión o falta del modelo de empresa como tal, sino que más bien el incumplimiento se producirá cuando falte, o no se transmita, alguno de los elementos que lo conforman. El supuesto de no transmisión sería factible fundamentalmente en supuestos de no ejecución del contrato por causa imputable al franquiciador.

El franquiciador, por tanto, en cumplimiento de su obligación de transmitir el modelo de empresa está obligado a autorizar al franquiciado el uso de los signos distintivos que identifiquen la franquicia, el *know-how* propio de la red y a prestar formación y asistencia técnica y/o comercial. Elementos todos ellos calificados por la jurisprudencia como esenciales. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia nº 633, de 21 de septiembre de 2004, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual establece, en su Fundamento de Derecho Primero que «lo que constituyen las prestaciones principales del contrato de franquicia a cargo del

²⁷⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 103.

franquiciador son: 1.- la cesión al franquiciado del uso de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador; 2.- la comunicación al franquiciado del “know-how” o “saber hacer”; y 3.- la prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica»²⁷⁷.

De un modo muy similar, la sentencia nº 76/2012, de 11 de septiembre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, también señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que, en el caso enjuiciado, concurren los elementos característicos del contrato de franquicia, indicando que el franquiciador era titular de la marca, que transmitió su *know-how* y que facilitó formación, material, asesoramiento de gestión, metodología de trabajo, etc., al franquiciado.

Una de las pocas sentencias que hace referencia a la transmisión del modelo de empresa como obligación del franquiciador es la sentencia nº 499/2015, de 16 de diciembre, de la Sección Decimoséptima de la

²⁷⁷ En el mismo sentido se expresa la Sentencia nº 333/2012, de 24 de septiembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León en su Fundamento de Derecho Primero, o la Sentencia nº 510/2012, de 16 de noviembre, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid en su Fundamento de Derecho Segundo, con cita además de esta Sentencia y de las de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de abril de 2010 y de 23 de diciembre de 2003 y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2007. En términos muy similares también la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, que en su Fundamento de Derecho Tercero establece como elementos esenciales del contrato de franquicia «a) la cesión o licencia de elementos de propiedad industrial (signos distintivos como marcas, rótulos de establecimiento, nombre comercial) para comercializar productos o servicios creando una imagen uniforme de cadena comercial; b) la transmisión de un saber hacer (“knowhow”) del franquiciado, es decir el conjunto de conocimientos o técnicas precisos para la comercialización uniforme del producto, saber hacer que debe ser propio del franquiciador, singular, y útil para el franquiciado; c) la prestación continuada por el franquiciador de asistencia técnica o comercial que permitan al franquiciado desarrollar la actividad comercial objeto de la franquicia».

Audiencia Provincial de Barcelona, aunque lo haga de una manera un tanto indirecta y lo establezca no como obligación del franquiciador sino como causa y objeto del contrato de franquicia.

El Fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia establece que la causa del contrato de franquicia «sería la explotación y gestión encaminada a la venta directa al público de mercancía» comercializada bajo una denominación concreta y «con base a los métodos y sistema utilizado por la franquiciadora» y que el objeto del contrato «sería el derecho concedido por la franquiciadora al franquiciado para integrarse en la red de distribución de mercancía suministrada por la demandada, procediendo así a la venta directa al público de los productos comercializados por la franquiciadora usando, bajo el sistema de franquicia, los signos distintivos propiedad de la franquiciadora».

También hace referencia a la transmisión de empresa, aunque de una forma más indirecta, y mezclada con la transmisión del *know-how*, el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia nº 516/2003, de 16 de septiembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, al señalar que «la demandada (franquiciadora), al menos al tiempo de iniciarse la relación contractual objeto de este proceso, no parecía integrar una empresa definida ni identificada» o que «como empresa parecía tan inmaterial como lo que constituía el mismo objeto del contrato» por lo que era «dudosísimo que la configuración comercial de la imagen corporativa se

realizara por la franquiciadora ni que la misma fuera de la misma ni aún existiera»²⁷⁸.

Por todo lo visto, aunque podamos entender que, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 201/2010, la obligación principal del franquiciador es la transmisión al franquiciado de su modelo de empresa, procede abordar el estudio de su incumplimiento como causa de resolución a través del análisis del incumplimiento de cada uno de los elementos que lo conforman.

IV. INCUMPLIMIENTOS RELACIONADOS CON LA TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

El franquiciador deberá poner a disposición del franquiciado el uso de una denominación o rótulo común, u otros derechos de propiedad intelectual o industrial, y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato²⁷⁹.

²⁷⁸ El fundamento acaba indicando que debido a esta falta de empresa y a la imposibilidad de poder transmitir un *know-how* propio, el contrato carecía de objeto verdadero y cierto y estaba afecto de nulidad.

²⁷⁹ En efecto, en el contrato de franquicia, como paradigma de contrato de distribución integrada, el uso compartido de elementos de identificación externa de la empresa, principalmente signos distintivos en su función de rótulo comercial, es un elemento esencial de la relación jurídica. Ver, MARTÍN ARESTI, P., “La legitimación del distribuidor para el uso del signo distintivo del proveedor: sobre la existencia de una licencia de marca en los contratos de distribución comercial”, *Marcas y distribución comercial*, 2011, págs. 17 a 38; ídem., “Signos distintivos y redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo Blanch, 2009, págs. 547 y ss.

A efectos del presente trabajo utilizaremos el término signos distintivos para referirnos a los elementos que el franquiciador debe transmitir al franquiciado sobre los que tenga derechos de propiedad intelectual o industrial, incluyendo la marca, el rótulo, etc., y que sirvan para diferenciar la actividad llevada a cabo por la red de franquicias de los competidores.

Si bien la marca es el elemento que más importancia ha adquirido en los últimos tiempos, debido a que los consumidores la utilizan como elemento de reconocimiento de la actividad llevada a cabo por la empresa o red, y es con la que asocian el prestigio y el nivel de calidad de los productos o servicios ofrecidos en los establecimientos, nos debemos referir de forma global a todos los elementos que hemos mencionado como signos distintivos, ya que el franquiciador viene obligado a transmitir o ceder el uso de todos los necesarios, según la actividad, al franquiciado.

Del mismo modo, dentro de los signos distintivos, incluimos todos aquellos elementos que puedan identificar el establecimiento en el que se desarrolla la actividad empresarial franquiciada, u otros elementos cuando no haya establecimiento, como pudieran ser los vehículos, ya que parece evidente que una de las ventajas, al menos cuando la marca es positivamente reconocida por el consumidor o cliente final, es el reconocimiento por el mismo del local franquiciado o, precisamente, la identidad de todos los locales franquiciados que permiten esa rápida

identificación del cliente final con la marca que los mismos representan – imagen de marca²⁸⁰-.

Derivada de esta obligación de transmisión o cesión de los signos identificativos podemos encontrar distintas causas de resolución del contrato de franquicia, dependiendo de la actividad llevada a cabo -o no- por el franquiciador, así como de la actividad ejercida por el franquiciado. Dichas posibles causas de resolución son las que analizaremos, a raíz de las sentencias de los tribunales, en los dos siguientes subapartados.

1. LA AUSENCIA DE IUS PROHIBENDI POR PARTE DEL FRANQUICIADOR SOBRE LOS SIGNOS DISTINTIVOS NO ES CAUSA DE INCUMPLIMIENTO SINO DE NULIDAD.

Ya se ha indicado anteriormente que, como la doctrina científica apuntó²⁸¹, la jurisprudencia entiende correctamente que la ausencia de *ius prohibendi* respecto de los signos de la red por parte del franquiciador no es causa de incumplimiento del contrato de franquicia, sino causa de nulidad por falta de objeto. Aunque existe discrepancia con respecto a si para fundar la causa de la nulidad se requiere la existencia de perturbación en el

²⁸⁰ La imagen de marca es reflejo de la conjunción de todos los elementos de la franquicia que permiten ejercer sobre el consumidor un efecto atractivo a través de la identificación de un modelo de empresa concreto que conoce, ocupando un lugar principal, en lo que a este efecto se refiere, los signos distintivos. Para la Comisión Europea, la imagen de marca, que es “*algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad*”, justifica ciertas restricciones de la competencia (apartado 190 Directrices 2010).

²⁸¹RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss.

uso o no. Es decir, los pronunciamientos de la jurisprudencia al respecto son dispares. Por un lado, hay sentencias que consideran que la falta de titularidad de la marca por parte del franquiciador conlleva la nulidad del contrato por falta de objeto. No estaríamos, por lo tanto, ante un incumplimiento del contrato por parte del franquiciador, sino ante la falta de objeto del mismo. Por otro lado, sin embargo, encontramos sentencias que alegan que la falta de titularidad de la marca no conlleva la nulidad si no existe perturbación en el uso de la misma.

En el primer grupo de sentencias, las que abogan por la nulidad del contrato en el caso de que no exista la titularidad de la marca, se expresa el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia nº 144/2005, de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual, ante un franquiciador que no era titular de la marca que supuestamente cedía al franquiciado, concluye que «el contrato carecía de objeto verdadero y cierto y por ende estaba afecto de nulidad». Señala, además, que dicha nulidad no puede quedar subsanada por el hecho de que el franquiciado no haya sido perturbado en el uso de la marca, «pues el uso pacífico de una marca sólo puede otorgarla su verdadero titular, no quien se la atribuye sin pertenecerle».

En la misma línea podemos encontrar la Sentencia nº 16/2001, de 22 de enero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que establece en su Fundamento Jurídico Segundo que la falta de transmisión de una marca «debe conducir a la declaración de nulidad del contrato por falta de objeto, pues nadie puede transmitir lo que no tiene o sobre lo que carece de poder de disposición». En este supuesto concreto se transmitió por

contrato una marca no inscrita y la inscripción fue denegada con posterioridad por similitud.

En sentido contrario, sin embargo, encontramos la Sentencia nº 516/2003, de 16 de septiembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que establece, en su Fundamento de Derecho Sexto, que la falta de titularidad de la marca no justifica la nulidad contractual, porque la franquiciada «no ha sido perturbada por nadie en aquél uso». En este caso nos encontrábamos ante un supuesto en el que la inscripción de la marca se produjo durante la duración del contrato, si bien, en el momento de firmar el mismo el franquiciador no era titular de la marca.

Esta misma opinión es apuntada por la Sentencia de 10 de mayo de 2000, de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, revocando la opinión del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona, y en un supuesto en el que la inscripción de la marca se solicita antes de firmar el contrato pero se concede con posterioridad, establece que la no titularidad de la marca en el momento de concluir el contrato no es motivo de nulidad porque no ha existido perturbación en el uso de la misma²⁸².

²⁸² El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia establece que «lo decisivo a nuestros efectos no es tanto la cuestión del registro de la marca como el hecho indudable de que ningún impedimento puso nadie a que la señora Teresa utilizase dicha marca y, por tanto, no puede decirse que el contrato careciese de objeto y fuese inexistente por la falta de concesión del registro a favor de la sociedad franquiciadora. Cualquier marca no registrada puede ser usada por cualquiera. La falta de registro no comporta que la marca no exista, por la obvia razón de que el registro solo confiere el derecho a la exclusividad en el uso.[...] En el peor de los casos la falta de registro podría haber conducido a que un tercero que la registrase impidiese la continuidad en el uso, lo que no ocurrió en el presente caso».

En el mismo sentido se postula la Sentencia nº 318/2008, de 11 de julio, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid que establece en su Fundamento de Derecho Tercero que no influye en la resolución jurídica del litigio que la sociedad franquiciadora no sea la titular de la marca cedida puesto que la franquiciada, durante la vigencia del contrato, no ha sufrido perturbación, oposición o impedimento del uso pacífico de la marca.

Lo que no nos aclaran estas sentencias es qué ocurriría en el caso contrario, es decir, si un tercero hubiese perturbado el uso de la marca cedida por el franquiciador, la cual no estaba inscrita en el momento de otorgar el contrato. Entendemos, siguiendo a la mejor doctrina²⁸³, que la cuestión clave a analizar no es si existe esa perturbación o no sobre el uso de la marca, sino si el franquiciador está en posición de poder garantizar el uso pacífico de la misma, lo que derivará fundamentalmente de la titularidad registral de la misma –salvo en el caso de la marca notoria o renombrada–.

En este sentido la doctrina²⁸⁴ ha señalado que «la eficacia frente a terceros de buena fe de la licencia o autorización de uso se hace depender

²⁸³RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss.; y MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 104.

²⁸⁴ RONCERO SÁNCHEZ, A., «El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor», *Los contratos de distribución* (dir. ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., Y OTROS), La Ley, 2010, pág. 517.

de su inscripción en el Registro de Marcas»²⁸⁵, y que la inscripción de la marca en el Registro «en tanto la hace oponible *erga omnes*, proporciona carácter absoluto al derecho de uso o explotación». Añadiendo que la finalidad de la cesión de la marca es que se pueda hacer uso de la misma, por lo que el franquiciador debe situar al franquiciado en una posición que le permita dicho uso²⁸⁶.

Pero, además, la obligación de tener inscrita la marca subyace en el artículo 3, letra b), del Real Decreto 201/2010, relativo a la información precontractual, que establece que el franquiciador tiene obligación de entregar la información relativa a la «*acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora*». El precepto es bastante claro al señalar que la marca tiene que estar concedida y en vigor y, haciendo

²⁸⁵ En este sentido también se puede acudir a HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 334, quien señala que en el caso de los signos distintivos es requisito para su eficacia frente a terceros el que hayan de constar inscritos en la Oficina de Patentes y Marcas. En un sentido muy similar apuntan SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015, pág. 516, quienes establecen que para que el franquiciador pueda franquiciar su modelo de negocio debe de ser titular registral de la marca o disponer de su uso, siendo éste uno de los requisitos previos necesarios para el inicio de la actividad franquiciadora.

²⁸⁶ RONCERO SÁNCHEZ, A., «El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor», *Los contratos...*, cit., pág. 517. Si bien el autor hace referencia a licenciante y distribuidor, hemos sustituido las mismas por las figuras del franquiciador y franquiciado para adaptarlas al tema de nuestro trabajo. Esta opinión vuelve a reafirmarla en la pág. 530, donde señala que «en los casos en los que el contrato de distribución incluye la concesión por el fabricante o proveedor de una autorización para el uso de la marca (o de otro signo distintivo) por parte del distribuidor, el otorgamiento de la licencia debe entenderse en sentido positivo o activo, es decir, debe considerarse que el fabricante o proveedor licenciante no sólo se compromete a admitir o tolerar el uso de la marca por parte del distribuidor licenciatario, sino a realizar todo lo necesario para permitir que éste pueda ejercer el derecho de uso que se le concede a través de la autorización».

referencia el artículo a la información precontractual la doctrina entiende que dicha concesión deberá haberse realizado de forma previa a la celebración del contrato de franquicia²⁸⁷.

Esa parece que viene siendo la intención del legislador desde hace unos años, puesto que tanto en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006 como en la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, se exige que el franquiciador entregue al futuro franquiciado antes de la firma del contrato la información referida a la titularidad de los signos distintivos²⁸⁸.

²⁸⁷ Es de este parecer también MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 113-114, al indicar que «de la redacción del artículo 3 se desprende la prohibición de aquellas ofertas de franquicias en las que el franquiciador no tenga aún concedida la marca». Si bien la autora hace referencia al RD 2485/1998, por ser el que se encontraba en vigor en la fecha de publicación de su obra, es plenamente trasladable al contenido del RD 201/2010. Así también lo entienden MORÁN MEDINA, C., DESANTES REAL, M. y RUBIO, E., «La protección de los elementos de franquicia a través de la marca», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS, E.), Aranzadi, 2015, pág. 820, cuando señalan que «en España el derecho sobre la marca se adquiere a través del registro» «y, por tanto, el franquiciador deberá ser titular de un registro de marca en vigor con efectos en España, o de una licencia de uso otorgada por el titular registral, para poder concluir contratos de franquicia».

²⁸⁸ Tanto la Propuesta del año 2006 como la Proposición de Ley del año 2008 lo establecen en los mismos términos en sus artículos 6 y 8 respectivamente. En la misma línea el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 incluye un artículo 6 que en la letra d) del segundo apartado establece la obligación del distribuidor, franquiciador en este caso, de entregar la información relativa a la titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos. También se encuentra esta obligación de información relacionada con la titularidad de los signos distintivos en el artículo 543-4 b) de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013 o en el artículo 5102-2 d) de la Propuesta de Código Civil del año 2016. Parece evidente, a nuestro entender, que el legislador no busca que se ceda una marca no inscrita o que no se perturbe el uso de la misma, sino que, con el fin de garantizar ese uso pacífico de la marca, el franquiciador sea titular antes de celebrar el contrato y que el franquiciado tenga conocimiento de que la marca es titularidad del franquiciador.

Debemos hacer, por último, referencia al Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) que establece con mayor claridad esta necesidad de titularidad de la marca. En su artículo IV.E.-4:102 relativo a la información precontractual establece, como en los textos que hemos visto, la necesidad de que el franquiciador informe al franquiciado sobre los derechos de propiedad intelectual, y dedica su artículo IV.E.-4:201, dentro de las obligaciones del franquiciador, a los derechos de propiedad intelectual, estableciendo que el franquiciador debe conceder al franquiciado el derecho de uso sobre la marca y debe asegurar el uso continuo y sin perturbaciones²⁸⁹. Además, establece el carácter imperativo de este artículo al no permitir variaciones sobre estas obligaciones ni la exclusión de las mismas del contrato²⁹⁰. El franquiciador no podrá asegurar el uso de la marca sin perturbaciones si no es el titular de la misma o, al menos, el titular del derecho de uso²⁹¹.

²⁸⁹ Como había apuntado RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 287 y ss.

²⁹⁰ El texto del artículo es el siguiente: «IV.E.-4:201: *Intellectual property rights (1) The franchisor must grant the franchisee a right to use the intellectual property rights to the extent necessary to operate the franchise business. (2) The franchisor must make reasonable efforts to ensure the undisturbed and continuous use of the intellectual property rights. (3) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects*».

²⁹¹ La doctrina parece unánime a la hora de entender también que se requiere que el franquiciador sea el titular de los signos distintivos cuyo uso cede. En este sentido podemos señalar RONCERO SÁNCHEZ, A., «El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor», *Los contratos...*, cit., pág. 518, donde indica que los contratos de distribución (entendiendo el de franquicia incluido entre ellos) suelen contener una autorización para el uso de signos distintivos cuya titularidad pertenece al fabricante o proveedor (franquiciador), GIMÉNEZ GARCÍA, I., «El contrato de franquicia. Cuestiones generales», *Cuadernos...*, cit., pág. 256, donde indica claramente como una de las principales obligaciones del franquiciador la de «ser titular de los derechos sobre los signos de distinción entre la clientela (marca y signo distintivo)» o PÉREZ MARTELL, R., *El arbitraje en el contrato de franquicia*, Dijusa, 2006, pág. 53, quien apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 entiende que «el primer presupuesto que ha de concurrir para concertar válidamente el contrato es la titularidad de una marca».

El artículo 3:201 (I) de los Principios Europeos establece que la obligación del franquiciador de garantizar los derechos al uso de elementos relativos a la propiedad intelectual durante el tiempo necesario conlleva la necesidad de titularidad de esos derechos por parte del mismo como una obligación de resultado. Los Principios no imponen una forma específica en relación a la propiedad o registro de los derechos de propiedad intelectual o industrial, que dependerá de los requerimientos específicos de cada país²⁹².

No obstante, la doctrina²⁹³ ha apuntado que una interpretación estricta de la norma puede llevar a proporcionar una ventaja competitiva indebida a los franquiciadores ya instalados frente a los que se incorporen al sistema y que, estando la marca solicitada, aunque no esté concedida, se debería flexibilizar el criterio anterior. Se argumenta que la norma busca la protección frente a los franquiciadores que no sean serios, pero que puede perjudicar a otros que sí lo sean y que, como consecuencia de un éxito rápido de su modelo de negocio se puedan ver perjudicados por los trámites y el tiempo en el que puede alargarse la concesión de la marca.

2. EL INCUMPLIMIENTO POR EL DAÑO A LA MARCA DE LA RED.

La obligación analizada del franquiciador relativa a la cesión al franquiciado de los signos distintivos que identifican la red de franquicias,

²⁹²En este sentido BUENO DÍAZ, O., *Franchising in European Contract...*, cit., pág. 102.

²⁹³ En este sentido se posicionan MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 114 y RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., págs. 180-181.

conlleva a su vez para el franquiciado una obligación de utilizar dichos signos distintivos con el fin para el cual son cedidos. El franquiciado no puede utilizar la marca del franquiciador para realizar actividades distintas a las contempladas en el contrato de franquicia, ni de manera divergente con las instrucciones emitidas por el franquiciador, puesto que ello puede conllevar un deterioro de la imagen de la red, que irá en perjuicio del franquiciador y del resto de franquiciados.

Las actuaciones en las que se utilicen los signos distintivos cedidos de forma irregular o inadecuada pueden constituir causa de resolución del contrato de franquicia por incumplimiento del mismo, como consecuencia del incumplimiento directo de alguna cláusula que establezca dicha obligación para el franquiciado, o como consecuencia de la producción de un daño en la imagen de marca de la red de franquicias.

El primero de los supuestos, incumplimiento de una obligación establecida de forma expresa en el contrato de franquicia, no parece tener excesiva controversia. Las partes pueden establecer, como consecuencia de su autonomía negocial, las causas cuyo incumplimiento provoquen, de manera directa, la resolución del contrato de franquicia sin necesidad de que el tribunal valore *a posteriori* la procedencia de la misma, sino simplemente el control de la adecuada resolución.

En este sentido, la doctrina²⁹⁴ también entiende que si la autorización para el uso de la marca se considera como parte esencial del contrato al haberse incluido así en su clausulado, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en relación con el uso de la marca, autoriza al franquiciador para instar la resolución del contrato con independencia de los efectos concretos generados.

El segundo de los supuestos, el que el incumplimiento en el uso de la marca cedida provoque daño a la imagen de la red, pero que dicho incumplimiento no esté recogido en el contrato de franquicia como causa expresa de resolución, es el que puede traer mayor dificultad. En este caso tendremos que analizar si nos encontramos ante un supuesto que reúna los requisitos necesarios para considerar el incumplimiento en cuestión como causa de resolución y valorar si podemos configurar el daño a la imagen de la marca como causa *per se* de incumplimiento resolutorio, o necesitamos introducir dicha causa como complementaria de un incumplimiento principal.

Para este análisis partimos del planteamiento ya analizado de que la imagen de marca viene definida tanto por la normativa, como por la doctrina y la jurisprudencia, como uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia²⁹⁵. La marca, en su conjunto global (rótulo, nombre

²⁹⁴ RONCERO SÁNCHEZ, A., «El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor», *Los contratos...*, cit., pág. 525.

²⁹⁵ A este respecto podemos recordar lo ya comentado en el apartado anterior del presente trabajo y, como ejemplo, lo establecido en los artículos 2.1.a) y 3.b) del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de

comercial, imagen corporativa, etc.), es fundamental para entender el sistema de franquicia como tal. Hay, por tanto, que analizar la relevancia del daño a la imagen de marca en relación a la importancia o gravedad del incumplimiento, es decir, si el incumplimiento derivado del daño a la imagen de marca tiene la importancia suficiente para provocar la resolución del contrato de franquicia por sí mismo.

La opinión de la jurisprudencia es totalmente pacífica, como hemos visto, al entender que el incumplimiento resolutorio debe ser grave, esencial y que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. Y como veremos, el daño producido a la imagen de marca puede ser considerado como incumplimiento grave y esencial y, por tanto, como causa de resolución del contrato *per se*, sin necesidad de acudir de manera complementaria a otros posibles incumplimientos.

De este modo es considerado por la Sentencia nº 576/2012, de 15 de octubre, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que declara resuelto el contrato de franquicia argumentando, en su Fundamento de Derecho Tercero, que el franquiciador tenía derecho a resolver el contrato debido a que la franquiciada se había visto envuelta en un procedimiento penal como consecuencia de la actividad desarrollada sin autorización en el establecimiento franquiciado y ajena a la actividad que

franquiciadores, los artículos 543-2 y 543-4 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, el artículo IV.E.-4:102 del Borrador del Marco Común de Referencia o el artículo 6 de la Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia.

En cuanto a la jurisprudencia podemos indicar las sentencias ya comentadas de 16 de noviembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid o la de 11 de septiembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Castellón.

era objeto de la franquicia y debido a que dicha situación dañaba la reputación o imagen de la marca²⁹⁶.

Nos encontramos, en casos como éste, con que el daño a la imagen de la franquicia y, por tanto, a la marca titularidad del franquiciador, es producido por comportamientos realizados por el franquiciado en el uso de dicha marca. Es decir, que nos encontramos ante un daño indirecto al producirse el mismo tras una serie de actuaciones que pueden no ir dirigidas directamente a dañar la marca, pero que, debido al indebido uso de la misma, acaban por dañarla.

En estos supuestos nos referimos a la producción de un daño indirecto en base a la intencionalidad del causante, en este caso el franquiciado. Dicha intencionalidad no será necesaria apreciarla en los casos en lo que exista una cláusula contractual en la que se establezca que el incumplimiento de la obligación del franquiciado de mantener la buena imagen de la red, o no realizar acciones que vayan en contra de la misma supone causa de resolución del contrato.

²⁹⁶ El Fundamento de Derecho Tercero indica que «debemos tener en cuenta que tanto el esposo de la Sra. Pura como ésta misma (siendo la Sra. Pura la franquiciada) se han visto envueltos en la trama de corrupción denominada “Operación Malaya”, la demandante y reconvénida D^a. Pura ha sido imputada como responsable de un delito de blanqueo de capitales, que habría cometido, al parecer, a través de la sociedad franquiciada; la estipulación 15.3.12 del Contrato de Franquicia establece “Si el franquiciado o cualquier socio, accionista, partícipe, gerente, administrador del Franquiciado, o cualquier encargado se dedica a una actividad que el Master Franquicia, a su discreción, estime razonablemente que es contraria o está en conflicto con los principios establecidos en la Carta de The Body Shop, o a cualquier actividad que dañara o de algún modo lesionara la calidad, reputación o imagen de los productos BSI o los Complementos del Sistema”, el Master Franquiciado podrá resolver el contrato; dicha conducta o actividad se encuentra objetivamente constatada a tenor de los anteriores hechos reseñados y, por ende, incardinables en la referida estipulación 15.3.12».

Esta posición también ha venido siendo recogida por el legislador en los últimos intentos legislativos referidos a los contratos de distribución. Así, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución o la Propuesta de Código Mercantil de 2013, introducen sendos artículos en los que figura el derecho del proveedor, franquiciador en este caso, a resolver el contrato en el supuesto de la realización por parte del distribuidor, franquiciado en este caso, de actuaciones que ocasionen un menoscabo a la imagen de la marca²⁹⁷.

También se recoge esta idea en la Propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, donde se incluye un artículo 5103-6 que en su apartado segundo señala, en términos muy similares al Proyecto del 2011, que *«las conductas que menoscaben la imagen o el prestigio de la marca dan derecho a la resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios»*²⁹⁸.

No obstante, debemos matizar que sí que producirán un daño directo a la marca de la red las actuaciones indebidas del franquiciado utilizando,

²⁹⁷ El artículo 13 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución y el artículo 543-11 de la Propuesta de Código Mercantil aparecen redactados con la misma literalidad: *«Deterioro de la imagen de marca: La aplicación por el distribuidor de precios o la realización de actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de marca o del prestigio comercial del proveedor, dará derecho a éste a resolver el contrato»*. En ambos casos podemos entender franquiciado donde figura distribuidor y franquiciador donde figura proveedor. Por su parte, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución incluye un artículo 16.3 que establece que *«las conductas que menoscaben la imagen o el prestigio de la marca darán derecho a la resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios»*.

²⁹⁸ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 261.

precisamente, la imagen de la red. Es decir, aquellos supuestos en los que el franquiciado realizase actividades ajenas al objeto de la franquicia, y de forma directa con los consumidores o usuarios utilizando la marca del franquiciador. Obviamente equipararíamos a estos supuestos, a los efectos a los que estamos aludiendo, las actividades ilícitas o ilegales realizadas por el franquiciado bajo el paraguas de la marca de la red.

En consecuencia parece que, al hilo de la Sentencia nº 567/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid comentada *supra*, el daño a la imagen lo producen esos otros comportamientos del franquiciado, los cuales, a su vez, producen una pérdida de confianza en el mismo por parte del franquiciador y, como consecuencia directa, la ruptura del vínculo esencial para este tipo de contratos basados en ese especial carácter *intuitu personae* necesario para la perfección del contrato de franquicia²⁹⁹.

Por tanto, parece que el daño que el franquiciado puede ocasionar a la marca es consecuencia de dos posibles usos de dicha marca. En primer lugar, las acciones realizadas por el franquiciado en el ejercicio de la actividad objeto de la franquicia, debiendo entenderse que en este supuesto nos referimos a una actividad indebida. Puesto que, como regla general, la actividad realizada siguiendo las directrices del franquiciador no causarán ningún daño a la marca o, en última instancia, serán responsabilidad de este último. En segundo lugar, las acciones realizadas por el franquiciado en el

²⁹⁹ La propia Sentencia nº 567/2012 comentada hace referencia a ese carácter *intuitu personae* del contrato al establecer en su Fundamento de Derecho Tercero «recuérdese que el contrato de franquicia se otorga en base al carácter personal y a la capacidad del franquiciado».

ejercicio de cualquier otro tipo de actividad fuera del objeto de la franquicia mediante el amparo de la marca franquiciada.

En cualquiera de los dos supuestos la imagen de marca y, por tanto, de la franquicia, deberá sufrir un daño real. Es decir, que deberá existir esa minusvaloración en la percepción de la imagen de la marca, aunque sea de carácter mínimo, por parte de los consumidores finales de la actividad objeto de la franquicia, sea ésta de servicios, de productos o industrial.

La relación asociativa que tiende a realizar el consumidor final entre el rótulo del establecimiento y la imagen de la cadena, sin disociar la propiedad real o mercantil de un establecimiento franquiciado del resto de los establecimientos de la red o del titular de la cadena y, por tanto, de la marca, es circunstancia suficiente para poder considerar que la implicación de un franquiciado determinado en una actividad delictiva, siendo pública la misma y siendo pública además su relación con la franquicia, produce un daño a la imagen de la franquicia en su conjunto y no sólo en cuanto al establecimiento franquiciado propio.

El daño a la imagen de marca, al venir conformada la misma como uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia, podría ser causa suficiente para proceder a la resolución del mismo, sin necesidad de recurrir a la argumentación de la ruptura del vínculo *intuitu personae* ni a otros posibles incumplimientos cometidos por el franquiciado.

No obstante, en la mayoría de los casos se podrá apreciar también una interrelación entre el daño causado a la imagen y la relación de dichos

daños con la pérdida de confianza entre franquiciador y franquiciado. Es decir, que las actuaciones llevadas a cabo por el franquiciado que dañan la imagen de marca de la red serán también las causantes de la pérdida de confianza. Otro tema distinto será la necesidad o no de recurrir a esos otros posibles incumplimientos, o al más genérico vínculo *intuitu personae*, ante la dificultad procesal probatoria en cuanto al efectivo daño en la imagen de la marca, aunque entendamos que éste por sí mismo tiene fuerza resolutoria.

Por otra parte, también entienden los Tribunales que existe daño a la imagen de marca en situaciones en las que las actividades desarrolladas por el franquiciado van en contra de las premisas o directrices emitidas por el franquiciador.

Así, la Sentencia nº 697/2010, de 5 de noviembre, del Tribunal Supremo, dando por bueno uno de los fundamentos de derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante recurrida, entiende que la realización de campañas de liquidación sin autorización «pueden suponer un claro riesgo potencial para el régimen de franquicia al romperse la imagen de marca y la uniformidad en el acometimiento de tal clase de campañas comerciales».

En este supuesto el franquiciado, al realizar una actividad no consentida por el franquiciador, vulnera las directrices por él emitidas y actúa de modo distinto al resto de establecimientos de la red, perjudicando a los otros franquiciados y a la imagen global que percibe el consumidor final, que no entenderá que en un local se realicen liquidaciones y en el resto no.

Si bien hemos centrado el estudio de esta causa de resolución teniendo en cuenta que el sujeto incumplidor es el franquiciado, por ser la situación más habitual, podemos encontrar supuestos en los que el causante del daño a la imagen de marca sea el propio franquiciador.

En este la Sentencia nº 282/2012, de 8 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, considera frustrado el fin del contrato de franquicia para un franquiciado debido a la pérdida de prestigio de la marca de la red como consecuencia de la situación de concurso en la que se ve inmersa el franquiciador³⁰⁰.

Así, la Sentencia en su Fundamento de Derecho Quinto, señala que «se considera motivo fundamental del contrato, el prestigio y notoriedad de la marca DON PISO, como bien señala el juez a quo. Por tanto es claro que, como también se dice en la sentencia apelada, la pérdida de dicho prestigio frustró para el franquiciado el fin del contrato» y continúa indicando como causantes de esa pérdida de prestigio de la marca que «es obvio que el cierre de la red propia de oficinas, la presentación de un ERE con el consiguiente despido de trabajadores y la situación de concurso de la actora principal, determinaron la pérdida de prestigio de la marca DON PISO al transmitir al mercado una imagen de deterioro de la misma, que, necesariamente, tuvo que afectar negativamente a los franquiciados».

La Audiencia Provincial de Barcelona, en este caso, interpreta la cláusula de resolución que figuraba en el contrato para los supuestos en los que la

³⁰⁰ Sobre ello incidiremos posteriormente.

actividad del franquiciado afectase a la imagen de solvencia de la marca para aplicarla analógicamente en el caso contrario, argumentando que «parece razonable entender que, como ocurre en el presente caso, cuando tal circunstancia pueda predicarse del Franquiciador corresponde al Franquiciado el derecho a resolver el contrato en la medida en que la causa del mismo, esto es, el prestigio y notoriedad de la marca, se ha visto gravemente dañada, perdiendo interés el Franquiciado en mantener frente a la clientela una imagen desprestigiada».

3. RESPECTO DE LA TRANSMISIÓN DEL KNOW-HOW.

Como se ha indicado, el *know-how* es un elemento esencial del modelo de empresa objeto de transmisión en el contrato de franquicia³⁰¹. Por *know-how* se entiende un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y que, verificados por éste, cumplan cuatro requisitos: ser secreto, sustancial e identificado. Como ha señalado la doctrina³⁰², en el ámbito de las redes de franquicia la naturaleza y el contenido del *know-how* transmitido variará en función del sector de la actividad económica al que se aplique, esto es, según se aplique al sector de la distribución de productos, al sector de prestación de servicios y/o al sector de la producción, sea artesanal o industrial³⁰³.

³⁰¹Así, por todas, sentencias de la AP de Barcelona, de 21 de septiembre de 2004 y de 23 de diciembre de 2003; y sentencias de la AP de Madrid, de 6 de noviembre de 2007 y 31 de mayo de 2007.

³⁰² RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 303 y ss.

³⁰³ En esta misma línea, la Comisión, en el Considerando Sexto de la Decisión, de 14 de noviembre de 1988, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, Asunto “*ServiMaster*”, manifestó que: “los conocimientos técnicos tienen mayor importancia en la prestación de servicios que en el suministro de mercancías, puesto que cada servicio

Así, respecto al sector de la actividad económica, en el ámbito de la distribución de productos y en el de la prestación de servicios, el *know-how* transmitido será mayoritariamente de carácter comercial, administrativo y/o financiero, pero no de producción o industrial. En cambio, en el sector de la producción el *know-how* será de carácter industrial o artesanal³⁰⁴, pero además, en la mayoría de los casos, se acompañara con conocimientos de naturaleza comercial, administrativa o financiera³⁰⁵.

El artículo 2 del Real Decreto 201/2010 establece como uno de los elementos esenciales de la relación de franquicia y como una de las principales obligaciones del franquiciador, «*la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber*

exige la ejecución de un trabajo concreto y crea un estrecho vínculo personal entre quien presta el servicio y el destinatario del mismo. Por tanto, la protección de la reputación y de los conocimientos técnicos del cedente puede resultar más importante para las franquicias de servicios que para las de distribución, en las que, fundamentalmente, las mercancías son quienes hacen la publicidad del negocio al llevar la marca comercial del productor o del distribuidor”.

³⁰⁴ El contenido del *know-how* en el sector de la producción será mucho más técnico que en el de la distribución y en el de los servicios y será comprensivo de conocimientos sobre procedimientos de fabricación industrial o artesanal o sobre aplicaciones de técnicas industriales o artesanales. Esto es, “todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario por su valor competido para la empresa desea mantener ocultos”, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *El secreto industrial...*, cit., pág. 66. Entendiendo, por lo demás, que tales conocimientos, que se ponen a disposición del miembro de la red a través del *know-how*, se transmiten con independencia de si se existe, igualmente, una licencia de patente. En el caso de que en el contrato de articulase también una licencia de patente, ex artículo 84.1 LP, habrá que tomar en consideración que, en ese caso, salvo pacto en contrario, quien transmita una solicitud de patente o una patente o conceda una licencia sobre las mismas, está obligado a poner a disposición del adquirente o del licenciataria los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención. Al respecto, ver, sentencia de la AP de Madrid de 13 de febrero de 2002.

³⁰⁵ Así, por todos, entre nosotros, RUIZ PERIS, J.I., *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 303 y ss.

hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular». Este saber hacer o *know-how* es un concepto que no ha permanecido inmóvil durante el tiempo, sino que ha ido variando conforme los elementos tecnológicos y la propia sociedad han ido evolucionando y, de la misma manera, han ido evolucionando los conceptos jurisprudenciales y doctrinales del *know-how*. En este estudio vamos a realizar un primer acercamiento al concepto y contenido del *know-how* para centrarnos luego en las peculiaridades que presenta en relación con el sistema de franquicias y, posteriormente, analizar los incumplimientos relacionados con el mismo que pueden ser causa de resolución del contrato de franquicia.

El concepto de *know-how* evoluciona en nuestro entorno desde una concepción que lo asimila al concepto de secreto industrial hacia otra que lo asimila al secreto empresarial, donde se incorporan ya conocimientos referidos a los dos campos incluyendo aspectos organizativos de la empresa. Así, en el año 1974 GÓMEZ SEGADE abogaba por una definición del *know-how* que pudiese variar en cada país, al entender íntimamente relacionada la misma con la economía y opinar que una definición uniforme, realizada por los países más desarrollados, beneficiaría a estos por ser los que exportaban el *know-how*³⁰⁶. En aquél momento el autor entendía que el *know-how* debía referirse exclusivamente a conocimientos de índole técnico-industrial, no teniendo cabida dentro del concepto los conocimientos comerciales. El concepto que recoge es bastante amplio, señalando que «el *know-how* es un saber-hacer, un conocimiento de

³⁰⁶ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (Know-How). Concepto y protección*, Tecnos, 1974, pág. 132.

algo»³⁰⁷, o que «puede tener por objeto cualquier clase de conocimientos secretos, desde las invenciones patentables, pero no patentadas, hasta las más insignificantes prácticas manuales»³⁰⁸, señalando como núcleo constitutivo del mismo «las reglas, procedimientos y prácticas que permiten una rápida y ventajosa explotación de la invención»³⁰⁹. Como características del *know-how* ya apuntaba el autor que el mismo debe ser secreto y, como consecuencia de ello, tener carácter de confidencial, pero entendía que no era necesaria la nota de novedad para poder apreciar la existencia del mismo³¹⁰.

De camino hacia la evolución del concepto comentada, MASSAGUER presenta un concepto de *know-how* donde ya se integran los conocimientos comerciales y define el mismo como el «conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia

³⁰⁷ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto...*, cit., pág. 137.

³⁰⁸ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto...*, cit., pág. 140.

³⁰⁹ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto...*, cit., pág. 138.

³¹⁰ GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto...*, cit., pág. 143 y 148-152. Sobre esta no necesidad del carácter de novedad también expresa su opinión MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág. 359, señalando que la cualidad de novedad queda superada por la de secreto, por lo que «el contenido de la información que constituye objeto del *know-how* puede ser ya conocido. Lo relevante es siempre su aplicación, que puede tener lugar en procedimientos distintos o en condiciones hasta el momento desconocidas, y la dificultad en la adquisición de la información, tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Esto es, atendiendo al avance que representa una determinada información respecto al «estado de la ciencia» de conocimientos industriales y comerciales de un sector concreto; y/o, atendiendo a los costes, tanto económicos como de tiempo, que debería afrontar una empresa media del sector para desarrollar y conseguir la información técnica en cuestión».

empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación»³¹¹.

En lo que respecta a la aproximación de la jurisprudencia al concepto de *know-how* debemos hacer referencia a la Sentencia nº 339 del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979, por ser la primera que aborda con mayor detalle la problemática que engloba el concepto. Esta Sentencia, que parte de una concepción simple al declarar que «lo que pertenecía a la sociedad francesa “Thomson Brandt”, prescindiendo de aquello que era específico objeto de un derecho de patentes era lo que en la jerga o en el argot comercial e industrial contemporáneo se llama el “Know-how” que es el saber hacer; una serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles», con posterioridad procura una definición descriptiva y amplia del *know-how*, que aborda desde su contenido, elementos y consideración como bien inmaterial, hasta su protección jurídica, a la cual no haremos referencia en este apartado general.

Así, en su Segundo Considerando establece que «si últimamente la serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles, significativo de lo que doctrinalmente se denomina “Know-how”, es decir, “el saber hacer”, y que puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto

³¹¹ MASSAGUER J., *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, 1989, págs. 35-36.

del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial, no determina una protección de manera directa».

Teniendo en cuenta que el *know-how*, como concepto en términos generales, incluye tanto los conocimientos industriales como los comerciales y que el mismo se constituye como un bien inmaterial, debemos analizar la concreción de dicho concepto a la hora de su aplicación en la relación de franquicia para poder determinar en qué consiste la transmisión del *know-how* por parte del franquiciador y qué tipo de incumplimientos, relacionados con esta transmisión, pueden suponer causa de resolución del contrato de franquicia.

Para ello realizaremos una concreción del contenido del concepto del *know-how* en el ámbito específico de la franquicia, y la aplicación que del mismo realiza la jurisprudencia cuando aborda un supuesto incumplimiento contractual relacionado con el *know-how*, sea éste consecuencia del comportamiento del franquiciador, a través del incumplimiento de su obligación de transmisión del mismo, o consecuencia del comportamiento del franquiciado, a través del incumplimiento de su obligación de confidencialidad.

3.1. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL KNOW-HOW EN LA RELACIÓN DE FRANQUICIA.

El artículo 2.1.b) del Real Decreto 201/2010 establece como una de las principales obligaciones del franquiciador la de comunicar al franquiciado *«unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular»*. No encontramos, sin embargo, en el Real Decreto el desarrollo conceptual de ese saber hacer y tampoco nos aclara si el mismo se debe limitar a conocimientos técnicos o, como hemos visto anteriormente, podemos incluir los conocimientos de índole mercantil. Sí que nos aporta en cambio las características o contenido de ese saber hacer, el cual deberá ser propio, sustancial y singular, aunque tampoco incluye la descripción de dichos términos³¹².

Pues bien, de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y el propio legislador, el know-how debe ser secreto, sustancial e identificable. La cualidad de «secreto» hace referencia al hecho de que el know-how, en su conjunto o en la configuración y ensamblaje de sus componentes no sea generalmente conocido o fácilmente accesible; no se limita al sentido estricto de que cada componente individual del «know-how» deba ser totalmente desconocido o inobtenible fuera de los negocios del franquiciador. La cualidad de «sustancial» conlleva que el know-how deba incluir una información importante para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y en particular para la presentación de productos para la venta, la transformación de productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la

³¹² Sobre ello, por todos, RUIZ PERIS, J.I. Los tratos preliminares..., cit., pág. 42 y ss.

gestión administrativa y financiera. El know-how debe ser útil para el franquiciado, al ser capaz en la fecha de conclusión del acuerdo, de mejorar la posición competitiva del franquiciado, en particular mejorando sus resultados o ayudándole a introducirse en un mercado nuevo. Y, por último, la cualidad de «identificado» requiere que el know-how deba estar descrito de una manera suficientemente completa para permitir verificar que cumple las condiciones de secreto y sustancialidad. La descripción del know-how puede ser hecha en el acuerdo de franquicia, en un documento separado o en cualquier otra forma apropiada».

Interesa destacar la definición de *know-how* recogida en la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, al señalar en su Fundamento de Derecho Cuarto, en el que también expone las características de ser propio, singular y sustancial, que «el “know-how” o “saber hacer” contempla básicamente dos vertientes, la primera es la transmisión por el franquiciador al franquiciado de un conjunto de conocimientos, técnica, métodos o prácticas para la presentación uniforme propia de una imagen comercial de tales productos o servicios, inclusive los locales comerciales donde se venden al público y, en su caso, los medios de transporte de los mismos, y la segunda es la prestación por el franquiciador al franquiciado durante la vigencia del contrato de asesoramiento, y en su caso formación, técnico y comercial que permita al segundo desarrollar el negocio o actividad empresarial objeto de la franquicia, lo cual también implica una supervisión o control por parte del franquiciador de tal negocio o actividad para verificar que se desarrolla en los términos ajustados la franquicia, verificando y corrigiendo los fallos o errores y solventando los distintos problemas que se planteen». Establece

con ello que el *know-how* no se agota con la transmisión inicial del mismo, sino que dicha transmisión debe ser continua y actualizada, además de supervisada por el franquiciador para mantener la efectiva aplicación de la misma.

En la misma línea que indican la sentencia apuntada podemos encontrar definiciones del *know-how* aplicadas al sector de la franquicia en el ámbito doctrinal. Así, por ejemplo, se señala que «el saber hacer podrá consistir en técnicas de marketing, de gestión –sistemas contables y de informática- de promoción –publicidad-, etc., en definitiva es una fórmula abierta que integrará todos los conocimientos necesarios para desarrollar tal negocio»³¹³. Igualmente se ha dicho que «el *know-how* en las redes de franquicia se articula, por lo tanto, como una fórmula abierta de optimización de los recursos que integra todos los conocimientos necesarios para explotar uniformemente un modelo de empresa propio del franquiciador»³¹⁴, añadiendo que «la transmisión del *know-how* contribuye a dotar de la adecuada organización al conjunto de bienes patrimoniales -tangibles e intangibles- transmitidos por el franquiciador, en la medida en que, por su propia naturaleza, los conocimientos y técnicas que configuran el *know-how* para una determinada explotación económica resultan aptos para ser incorporados a procesos de producción o comercialización de bienes, prestación de servicios o, incluso, a la organización de la propia actividad empresarial»³¹⁵.

³¹³ MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 121.

³¹⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág. 364.

³¹⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., pág. 367.

El *know-how* en las redes de franquicia, por tanto, está constituido por la particular forma de gestionar y explotar un modelo de empresa, de presentar determinados productos y de articular una imagen de gestión uniforme a toda la red³¹⁶. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003: *“De la anterior definición resulta que el verdadero y propio objeto de franquicia lo fue el derecho a la explotación de una clínica X bajo su sistema de franquicia, la prestación de servicios odontológicos, mediante la utilización de productos, prótesis y demás material fabricados por el franquiciador. El objeto de esta franquicia no es por tanto la prestación de los servicios odontológicos en sí mismo considerados, pues éstos no constituyen reserva legal de los facultativos que trabajan con arreglo a la lexartis, sino una novedosa gestión empresarial y comercial de una clínica odontológica. Es decir, el objeto de este completo contrato de franquicia lo constituyen el derecho al uso de ciertos signos distintivos (knowhow), como el suministro de productos y prótesis dentales fabricados por el franquiciador, como la adquisición de ese saber hacer o «knowhow» dirigido a la explotación de una clínica odontológica como negocio jurídico mercantil”*.

En esta misma línea la sentencia de la AP de Madrid, de 6 de noviembre de 2007, en el Fundamento Jurídico Cuarto establece que: *“el knowhow lo constituía la específica forma de gestionar comercial y empresarialmente un restaurante, de presentar determinados productos propios del servicio de restauración pero específicos y especiales (recetas secretas), incluida la*

³¹⁶ Así, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 119.

cerveza mediante un sistema (Duotank) propio del proveedor San Miguel Fábrica de Cerveza y Malta, SA, y de dar una imagen de gestión a través de un conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación de un negocio de restauración, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos utilizados y marketing de publicidad bajo los signos distintivos titularidad de la demandada”.

La doctrina también apoya la idea de que el *know-how* es dinámico y debe ser constantemente renovado, justificando esta opinión en virtud de la naturaleza propia del contrato de franquicia en cuanto contrato de duración³¹⁷ y, por ello, la obligación de transmisión del *know-how* conlleva la necesidad de actualizar de manera constante los conocimientos transmitidos. Por tanto, si bien al principio la transmisión del *know-how* se realiza de una manera especialmente intensa, dicha transmisión deberá continuar durante toda la vigencia del contrato mediante la actualización de los manuales, cursos de formación, supervisiones y otros métodos que se articulen para ello³¹⁸.

Si bien, respecto del *know-how* en las redes de franquicia el *leading case* en la materia lo constituye la ya clásica Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2005, que –como ha señalado la doctrina– configura el *know-how* en las redes de franquicia como un derecho susceptible de

³¹⁷ En estos términos podemos ver, por ejemplo, la opinión de MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 122.

³¹⁸ En este sentido también se posicionan SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. Y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La Franquicia*, cit., pág. 519.

protección autónoma por la normativa que regula la competencia desleal, con capacidad asociativa y que debe ser propio del franquiciador³¹⁹.

En efecto, para el Tribunal Supremo “*la sentencia recurrida otorga protección al «knowhow» como derecho autónomo, y aplica el art. 5º de la LCD que recoge la cláusula general, porque, además de apreciar su realidad jurídica, estima que el supuesto de autos, con sus concretas circunstancias, no es incardinable en ninguno de los supuestos especiales típicos de la propia Ley*”. Concretamente señala que: “*no es cierto que se considere acto de competencia desleal ejercer el mismo género de comercio –venta de ropa infantil-, y hacerlo con los mismos empleados y en los mismos establecimientos, ni siquiera el aprovechar la clientela anterior de los vendedores, sino que la competencia desleal apreciada se produce por hacerlo con el «Knowhow» de Jacadi, aunque se cobije con el rótulo y denominación de Neck&Neck*”. Añadiendo que “*no cabe hacer abstracción del «Knowhow» de Jacadi que es lo que se protege en la resolución recurrida con base en el art. 5º LCD*” afirmando que, por una parte, que la conducta ilícita, que determina su condena, es la utilización –aprovechamiento– indebida del «KnowHow», en cuanto derecho susceptible de protección autónoma por la normativa que regula la competencia desleal, sin que obste que se haya prescindido de la marca –denominación y rótulo– “*Jacadi*” y se opere bajo la marca, y con el

³¹⁹ Por todos, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 121, quién afirma que, no obstante, en cualquier caso, la protección de la presentación comercial no puede ser extendida para crear derecho de exclusiva sobre unas concretas prácticas de marketing cuya finalidad no es otra que la creación de una imagen de empresa positiva³¹⁹, esto es, con significación identificativa, generadora de una originalidad, peculiaridad y singularidad competitiva, siempre que se respeten los parámetros que delimita el artículo 11 LCD.

rótulo, “Neck&Neck”, dado que aquellos son derechos independientes, sin perjuicio de existir una relación y haber sido objeto de concesión en los mismos acuerdos de franquicia. Por otra parte, afirma el Alto Tribunal, la infracción constitutiva de competencia desleal que se toma en cuenta es la de la cláusula general relativa a la buena fe. Por ello resultan irrelevantes las alusiones del motivo a la posible exclusión de otras perspectivas normativas de la LCD. “No cabe compartir, en atención a las circunstancias concurrentes, que el conjunto de elementos del «Knowhow» Jacadi no tenga una significación identificativa, generadora de una originalidad, peculiaridad y singularidad competitiva, respecto de los competidores y en relación con productos comercializados –ropa infantil–, tanto más que se actúa en los mismos puntos de venta anteriores (dato meramente complementario o de refuerzo), por lo que resulta inconsistente negar el riesgo de confusión directo o cuando menos el indirecto de asociación; y finalmente no es de ver la necesidad, o ineludibilidad, determinante de una falta de margen o de posibilidades de variación en el sector del mercado de la comercialización de ropa infantil, que pudiera servir de fundamento a las alegaciones relativas a las doctrinas de la inevitabilidad (art. 11.2, párr. segundo LCD) y de la respuesta natural del mercado (art. 11.3, «in fine», LCD)”.

Pues bien, como ha señalado la doctrina, la transmisión del *know-how* contribuye a dotar de la adecuada organización al conjunto de bienes patrimoniales –tangibles e intangibles– transmitidos por el franquiciador, en la medida en que, por su propia naturaleza, los conocimientos y técnicas que configuran el *know-how* para una determinada explotación económica resultan aptos para ser incorporados a procesos de producción o comercialización de bienes, prestación de servicios o, incluso, a la

organización de la propia actividad empresarial³²⁰. De este modo, el *know-how* consigue crear una uniformidad en la presentación de los distintos establecimientos franquiciados, que facilita a los consumidores una rápida identificación de un establecimiento igual a aquél en que, en alguna ocasión, consumió un producto o disfrutó de una prestación de servicios que le resultó satisfactoria³²¹. Si la franquicia como bien jurídico inmaterial hace referencia a un modelo de empresa, la presentación comercial de la misma forma parte del núcleo esencial del modelo empresa que se transmitirá constituyendo, a estos efectos, una parte o el todo del *know-how* transmitido, según el caso. Esto es lo que la sentencia del TS de 21 de octubre de 2005 parece que identifica como *know-how* y es, precisamente, lo que dota de singularidad y autonomía conceptual a la, desde siempre polémica, franquicia de distribución en relación con el contrato de concesión mercantil³²².

3.2. SUPUESTOS DE NULIDAD VERSUS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO.

El análisis de la jurisprudencia existe en materia *know-how* en el ámbito del contrato de franquicia nos obliga a tener que distinguir entre supuestos de nulidad por falta de objeto y supuestos de incumplimiento resolutorio. En el primer supuesto se ataca la propia existencia del *know-how*, es decir, la aptitud de los conocimientos para ser *know-how*. En el segundo supuesto no se niega la existencia de *know-how* por parte del franquiciador, sino que en el caso concreto éste no ha sido objeto de transmisión.

³²⁰ Así, por todos, MASSAGUER FUENTES, J., *El contrato de licencia...*, cit., pág. 35.

³²¹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 122.

³²² Así, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 123.

La ausencia de know-how no es constitutivo de incumplimiento, sino de nulidad por falta de objeto³²³. En cambio, si existe know-how, es decir, que los conocimientos poseídos por el franquiciador cumplen los requisitos necesarios para ser calificados como tal, y lo que se ejercita es una acción por la cual se alega la no transmisión del mismo al franquiciado, no estamos ante un supuesto de nulidad sino de incumplimiento resolutorio.

Los potenciales efectos sobre la red de franquicia de una u otra pretensión son muy relevantes. Mientras que el primer supuesto la consecuencia de la resolución puede afectar a terceros, pues se expandirá a toda la red de franquicia, llevando a su desaparición, por ausencia de un elemento esencial; en el segundo supuesto la consecuencia no afecta a terceros, sino únicamente a las partes –franquiciador y franquiciado- y conlleva únicamente la resolución del contrato.

Así, por ejemplo, como máximo exponente de la posición de la nulidad encontramos la Sentencia de la AP de Zaragoza, de 16 de septiembre 2003, en la que se estableció expresamente que: *“... la Sala sí que adquiere una convicción contraria en cuanto a la existencia de un verdadero objeto de la franquicia, entendida éste como integrada por un saber hacer comercial diferenciado que se proporcionará por la franquiciadora demandada a la franquiciada demandante. La prueba para la demandada en este particular resultó singularmente caótica. Aun prescindiendo, que ya es prescindir, de la singularidad de que parte del negocio, y por tanto del objeto de contrato (el*

³²³ En extenso, RUIZ PERIS, J.I., Nulidad, anulabilidad..., cit., pág. 287 y ss.

relativo a las terms) no había sólo trabajado antes que la franquiciadora así como de las accidentadas circunstancias que rodearon el emplazamiento de la demandada, la prueba practicada permite llevar a la convicción que la demandada no ofreció ese saber hacer comercial que integra esencialmente el objeto del contrato de franquicia al menor como algo diferenciado en ese terreno comercial. La demandada, al menos al tiempo de iniciarse la relación contractual objeto de este proceso, no parecía integrar una empresa definida ni identificada: plagada de múltiples departamentos técnicos, que luego, a lo más, estaban integrados por un único empleado, sin que nadie se conociera entre sí ni supiera de los demás ni de su trabajo. Como empresa parecía tan inmaterial como lo que constituía el mismo objeto del contrato. Dudosísimo que la configuración comercial de la imagen corporativa se realizara por la franquiciadora ni que la misma fuera de la misma ni aún existiera, pues la misma encargada de la supervisión de las franquiciadas no lograba recordar con precisión ninguna de ellas. Ninguna prueba, testifical o pericial, que desvelara la consideración comercial de saber hacer comercial de la franquiciadora, de sus marcas, de su reputación y consideración comercial en el sector no hay prueba de que existiera una imagen corporativa predefinida ni de que la misma sea conocida e identificada con facilidad por el consumidor. En definitiva, que el contrato carecía de verdadero y objeto cierto y por ende estaba afecto de la nulidad que se denuncia en la demanda, que en este particular deber ser así estimada”.

Por su parte, en relación con el incumplimiento interesa destacar la sentencia de la AP de Madrid, de 26 de febrero de 2008, que resuelve el contrato de franquicia, cuyo know-how consistía “en un sistema propio de comercialización de la prestación de servicio de la actividad de ocio y

educación consistente en hacer accesible el conocimiento científico de una manera fácil y divertida para los niños entre 4 y 12 años” por considerar probado que el franquiciador, que poseía know-how, incumplió su obligación de transmisión del mismo al franquiciado respecto de los niños de 4 y 5 años, y aunque se cumplió respecto de los niños de 6 a 12, la transmisión completa del mismo era “esencial, frustrándose las legítimas expectativas de la otra parte contratante”.

En esta línea de distinción entre supuestos de nulidad y supuestos de incumplimiento, Sentencia núm. 367/2016 de 19 octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19^a), señala que el hecho de que el negocio no fuera objeto de una experiencia prolongada no puede equivaler a falta del know-how: *“Pues bien, ninguna prueba se ha practicado por la ahora apelante para acreditar que medió circunstancia alguna que viciara el consentimiento que se vertió al firmar el contrato. Negar la existencia del «knowhow» del franquiciador cuando nada se reclamó durante la vigencia del contrato, supone desconocer el carácter de requisito básico del contrato de franquicia que tiene la transmisión del «knowhow» del franquiciador. Y supone también ignorar el propio contenido del contrato que se suscribió. El hecho de que el negocio no fuera objeto de una experiencia prolongada, - circunstancia que tuvo posibilidad de constatarse por la recurrente en su visita al local ya aperturado en Valencia por el Sr. Carlos Ramón, originario franquiciador-, no puede equivaler, como se pretende, a la falta del «knowhow», o a la existencia de error o engaño, como tampoco puede alegarse que mediara vicio, -sólo en ello puede sustentarse la nulidad del contrato por el que se acciona-, por no conocerse datos contables que acreditasen cierto éxito en el negocio cuando este extremo también era*

desconocido por lo incipiente de la actividad; no puede exigirse que todo sistema de negocio objeto de la franquicia deba tener una experiencia tan constatada que, prácticamente, elimine cualquier riesgo para el franquiciado. Por el contrario, la recurrente tuvo ocasión suficiente de conocer todos los extremos de la franquicia a la que se iba vincular previo a la firma del contrato, conocía lo novedoso de la actividad y tuvo también, después, los medios comprometidos por el franquiciador hasta que decidió la resolución; como apunta el Juzgador "a quo", no era la exclusividad del proveedor un elemento esencial del contrato y, en todo caso, tuvo la ahora apelante ocasión de optar por explotar un negocio propio de blanqueamiento dental, con los costes a ello aparejados en orden a imagen y marketing, siendo que, por el contrario, optó por unirse a la franquicia que conoció por internet".

También declara el incumplimiento del contrato de franquicia por parte del franquiciador la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, al establecer en su Fundamento de Derecho Cuarto que, pese a que existió una transmisión inicial de *know-how*, el franquiciador entregó un dossier que, según su propio criterio, constituía el *know-how* específico del franquicia pero que «tal documentación no supone la transmisión de un “saber hacer” propio, singular y sustancial, pues tal como ha puesto en evidencia la parte actora al contestar la demanda gran parte del contenido de dicho documento está copiado de otros documentos de acceso público, y en todo caso la mera lectura de tal documento revela que la información que en el mismo se proporciona es en exceso genérica, no existiendo una información específica o singular relativa al negocio objeto de la franquicia que pueda ser útil, pues básicamente se transmiten conocimientos muy generales, o

ambiguos, que por lo demás pueden obtenerse en diversas fuentes de acceso público». Además, continúa argumentando que tampoco consta que el franquiciador haya prestado la debida formación, asesoramiento o supervisión y control sobre el negocio franquiciado, que son parte sustancial del deber de transmitir el *know-how*.

En algunas ocasiones la jurisprudencia se limita a confirmar la resolución del contrato de franquicia como consecuencia del incumplimiento de la obligación de transmisión del *know-how* basándose en que el franquiciador no ha entregado los manuales de la franquicia, llegando incluso ocasión a señalar que confirma la resolución del contrato al no haber podido demostrar el franquiciador dicha entrega, se haya producido o no la misma y sin valorar otros elementos que nos pudiesen llevar a la conclusión de la existencia del mismo o de su posible transmisión efectiva.

Así, la Sentencia nº 413/2012, de 27 de junio, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual argumenta en su Fundamento de Derecho Tercero que la no acreditación de la entrega de los manuales no puede ser causa de nulidad del contrato de franquicia porque el franquiciado inició el negocio, lo cual «hace suponer que por lo tanto conocía el objeto de lo contratado». No obstante, la Sentencia continúa argumentando que la falta de acreditación de la entrega de los manuales sí que constituye un incumplimiento de lo pactado en el contrato, al no existir «ninguna acreditación efectiva de la entrega de estos manuales técnicos y de funcionamiento» y continúa señalando que habrá situaciones que permita el cumplimiento de la obligación del franquiciador a través de otra vía, pero que con respecto a la obligación de entrega de los manuales «hay

una falta de acreditación de la transmisión de lo anteriormente expresado básica para una franquicia» y termina indicando que pese a que a la Sala le resulta difícil de entender que no hubiese existido una reclamación por escrito relativa a la falta de entrega, la misma «no constituye más que un incumplimiento pero teniendo en cuenta todo lo anteriormente manifestado es decir no consta acreditado de forma objetiva que se entregara, pero no obstante no se reclamó y que el negocio se fue desarrollando con ausencia del anterior pero ello no implica que se haya producido la transmisión que se denuncia en las actuaciones».

De un modo parecido declara el incumplimiento de la obligación de transmisión del *know-how* la Sentencia nº 419/2011, de 14 de octubre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla. En este caso la causa del incumplimiento no es la falta de entrega del manual, sino la de las contraseñas para acceder a una intranet, donde se encontraban alojados los documentos que contenían el saber hacer de la franquicia. La Sentencia entiende resuelto el contrato simplemente por la no entrega de estas contraseñas, sin entrar a valorar si realmente existía el *know-how* de la franquicia. Así, en su Fundamento de Derecho Cuarto, se establece que «la franquiciadora se comprometía a facilitar todos esos conocimientos técnicos esenciales para desarrollar la actividad que asumía la franquiciada, y ha quedado plenamente acreditado que no se entregaron. Se aduce que se creó un archivo informático FTP para alojamiento de todos los documentos referidos a las franquicias de las citadas revistas, al que podía acceder libremente la franquiciada. Pero se ha acreditado que para acceder al mencionado alojamiento informático era necesario poseer la oportuna identificación de usuario y una contraseña, y no se acredita que estas se

entregarán a la franquiciada. Por tanto, aun existiendo dicho alojamiento, el hecho de no poder acceder al mismo la franquiciada, es tanto como afirmar que no se ha cumplido la obligación esencial asumida por la franquiciadora, de facilitar esos conocimientos técnicos, necesarios e indispensables para la correcta realización de la actividad a realizar por aquella, en el marco contractual».

También constata la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento la Sentencia nº 499/2015, de 16 de diciembre, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este supuesto el Tribunal sí que define cuál es el *know-how* concreto de la franquicia, pero luego no valora si el mismo ha existido o no, sino que concluye que la resolución debe prosperar porque no existió entrega del manual ni asesoramiento. Así, en el Fundamento de Derecho Primero indica que el *know-how* de la franquicia «sería la específica forma de proceder a la gestión empresarial y comercial del negocio de venta de ropa y complementos de moda, dando una imagen de gestión comercial común a través de un conjunto de técnicas y métodos para la explotación del negocio, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos suministrados con una publicidad común bajo los signos distintivos titularidad de la demandada» y continúa añadiendo que la descripción de en qué consiste la implantación de la franquicia y cuál es el concepto de negocio a desarrollar es el de pretender la venta de prendas y complementos de moda a «precios increíbles con un servicio de asesoramiento al cliente y con una imagen corporativa propia».

Por su parte, también existe un importante número de resoluciones que no acogen la solicitud de declaración de incumplimiento por falta de transmisión de *know-how* por parte del franquiciador. Así, la Sentencia nº 618/2007, de 6 de noviembre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, declara probada la transmisión del *know-how* por parte del franquiciador en un supuesto en el que la empresa franquiciadora en el momento de firmar el contrato de franquicia ya tenía operativos diecisiete establecimientos, y quedó acreditada la entrega de los diversos manuales de franquicia, la cesión del uso de los signos distintivos y el otorgamiento de formación suficiente para el desarrollo del negocio. La Audiencia le reprocha a la franquiciada, que solicita la nulidad y de forma subsidiaria la resolución del contrato, el hecho de que llevaba con el negocio abierto y funcionando más de dos años y medio.

En concreto, el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia declara que «el *know-how* lo constituía la específica forma de gestionar comercial y empresarialmente un restaurante, de presentar determinados productos propios del servicios de restauración pero específicos y especiales (recetas secretas), incluida la cerveza mediante un sistema (Duotank) propio del proveedor San Miguel Fábrica de Cerveza y Malta S.A., y de dar una imagen de gestión a través de un conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación de un negocio de restauración, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos utilizados y marketing de publicidad bajo los signos distintivos titularidad de la demandada». Y tras esta concreción del *know-how* propio de la franquicia la Sentencia concluye que «es obvio, pues, que existió el *know-how* y que se transmitió a la demandante al ejecutarse el contrato de

franquicia celebrado con la demandada, abriendo aquella al público el establecimiento de restauración objeto del mismo bajo el sistema propio de la demandada (Cañas y Tapas), iniciando la explotación del negocio y explotándolo durante dos años y medio».

También declara la existencia del *know-how*, tras concretar cuál es el contenido específico del mismo, la Sentencia nº 555/2003, de 23 de diciembre, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este supuesto la Sentencia declara que se efectúa la transmisión del *know-how* en base a que se entregaron los manuales y el local se abrió al público. El Fundamento de Derecho Segundo señala que consta incorporado a las actuaciones el documento por el cual el franquiciado reconoce haber recibido el “Manual Operativo de Clínicas Vital Dent” y que «no podemos negar la transmisión de ese “saber hacer” o “know-how” desde que en ejecución del contrato de franquicia de 24-02-1999 Sants Dental 2000, S.L., llegó a aperturar y abrir al público la Clínica Dental objeto del contrato de franquicia, bajo la marca Vital Dent, y conforme a los métodos y técnicas establecidas por la franquiciadora iniciándose la explotación del negocio. Por tanto, concurrió en el contrato de franquicia el objeto propio para su ineludible validez, pues éste lo constituye no la prestación del servicio odontológico en sí mismo considerado, sino la gestión empresarial y comercial de una clínica odontológica Vital Dent³²⁴».

³²⁴ La Sentencia había expuesto que esa gestión empresarial y comercial es el verdadero contenido del *know-how* de la franquicia y no la prestación en sí de los servicios odontológicos, pues estos son «labor exclusiva del facultativo con arreglo a los criterios de su conciencia y la “lexartis”». Llegando a esta conclusión es cuando declara probada la existencia del *know-how* y su transmisión al franquiciado, puesto que si el establecimiento

En un sentido prácticamente idéntico, haciéndose eco de la precitada Sentencia y analizando también una controversia surgida en el seno de un contrato de una franquicia del sector de las clínicas dentales, la Sentencia nº 193/2005, de 29 de marzo, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, también entiende que se produce la transmisión del *know-how* por parte del franquiciador al entregarse el manual e iniciarse el negocio conforme al método contenido en el mismo³²⁵. Así, el Fundamento de Derecho Quinto, tras realizar la referencia a la Sentencia de 23 de diciembre de 2003 y declarar que en el manual que se entregó se contiene la forma de gestión y la pauta de explotación del negocio, concluye que «se transmitió el “know-how” desde el momento en que se abrió la clínica conforme a este método».

V. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE FORMACIÓN POR PARTE DEL FRANQUICIADOR.

En toda relación de franquicia existe una obligación por parte del franquiciador de formar al franquiciado y, en su caso, al personal del mismo, con el fin de que puedan desarrollar el modelo de negocio

se abrió y comenzó a funcionar debe entenderse que se transmitieron por parte del franquiciador los conocimientos necesarios para la gestión del mismo.

³²⁵ En el mismo sentido podemos citar también la Sentencia nº 338/2012, de 29 de mayo, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual, en su Fundamento de Derecho Quinto declara probada la transmisión del *know how* por parte del franquiciador al entender entregados los manuales de franquicia (para lo cual únicamente hace referencia a una estipulación del contrato donde menciona que los mismos se entregarían, como máximo, 60 días después de la firma del contrato) y al haberse producido la apertura del negocio objeto del contrato de franquicia conforme a los métodos y técnicas establecidas por la franquiciadora.

transmitido con las máximas posibilidades de éxito. Esta obligación de formación, que es plenamente admitida tanto por la doctrina como la jurisprudencia, no encuentra, sin embargo, un soporte legal que recoja dicha obligatoriedad, es decir, ni el artículo 62 LOCM ni el artículo 2 RD 201/2010 recogen la obligación de formación.

Por parte de la jurisprudencia, en la mayoría de los supuestos, la obligación de formación se analiza de forma conjunta con la obligación de asistencia técnica y comercial, sin llegar a separar ambas obligaciones, o como parte del *know-how* que el franquiciador debe de transmitir al franquiciado. Salvo alguna excepción no queda del todo clara tampoco la distinción de la obligación de formación con respecto de la de asistencia por parte de la doctrina³²⁶.

En nuestra opinión, la obligación de formación se desarrolla como una obligación que colabora con las de transmisión del *know-how* y con la de

³²⁶ Por ejemplo, PÉREZ MARTELL, R., *El arbitraje...*, cit., págs. 48-51, analiza la obligación de formación como integrante de la obligación de transmisión del *know how*. Y MASSAGUER, J., *El contrato...*, cit., págs. 169-170, pese a entender que entre asistencia y formación existe una diferencia en cuanto a la finalidad de las mismas, declara que es necesario tratarlas conjuntamente. Para este autor «la asistencia técnica persigue la comunicación de los datos de todo tipo precisos para la explotación satisfactoria del *know-how*» y «la formación de personal aspira a una mejor capacidad tecnológica de la empresa por conocimientos técnicos de su personal». Debemos recordar, no obstante, que dichas afirmaciones se realizan en el año 1989 y para el contrato de licencia de *knowhow*, por lo que, aunque podamos admitir estas manifestaciones para el contrato de franquicia, habría que tener en cuenta la evolución del sistema operada desde aquél año y las peculiaridades del mismo en cuanto a su mayor amplitud de contenido con respecto a la mera licencia de *know how*. SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. Y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La Franquicia...*, cit., págs. 520-522, incluyen la obligación de formación dentro de la de transmisión del *know how*, refiriéndose a ella como «otra forma de transmisión del *know-how*».

asistencia, pero que es autónoma al incluir un contenido que no finaliza con la ejecución de las obligaciones anteriores. Si bien es cierto que la formación (sobre todo la inicial) sirve como vía de transmisión de los contenidos incluidos en el *know-how* del franquiciador, parece que la obligación de formación es más amplia, y a través de la misma se transmiten conocimientos que conforman ese saber secreto, pero también otros tantos que, siendo necesarios para el desarrollo del negocio, no son únicos de la franquicia en cuestión.

Por ejemplo, pueden no ser exclusivos de una franquicia determinada del sector inmobiliario los conocimientos relativos a la normativa específica sobre arrendamientos urbanos y, por lo tanto, no conformar parte de su *know-how*, por no tratarse de conocimientos secretos, pero sin embargo la formación del franquiciado y su personal en relación con dicha normativa será necesaria para el desarrollo del negocio si la franquicia opera en el sector inmobiliario de los arrendamientos.

También puede ser parte de la obligación de asistencia la de formación si la segunda se utiliza para llevar a cabo la primera, pero habrá muchas ocasiones en las que la obligación de asistencia no requiera de la de formación, puesto que puede ser realizada directamente por personal del franquiciador, sin que intervenga el franquiciado y sin que se le forme para ello.

Por ejemplo, puede incluirse en el contenido de la asistencia técnica la reparación de un servidor que da servicio al franquiciado y, en este supuesto, no existirá formación al mismo por parte del franquiciador para

llevar a cabo su obligación. Sin embargo, sí que puede entenderse necesaria la formación en supuestos en los que se ofrezca asistencia comercial al franquiciado y la misma se deba desarrollar a través, por ejemplo, de un curso de formación de atención al cliente.

Por la tanto la obligación de formación por parte del franquiciador puede ser tratada de forma independiente, por ser su contenido, aunque coincidente en algunos aspectos, más amplio e independiente de las obligaciones de transmisión del *know-how* y de asistencia técnica y comercial.

Un sector de la doctrina también alude al carácter autónomo e independiente de las obligaciones de formación y asistencia al manifestar dicha independencia, aunque se encuentren relacionadas. En este sentido parece que ambas obligaciones tienen como finalidad la comunicación de los conocimientos del franquiciador, no sólo de carácter secreto sino todo el conocimiento necesario para la correcta explotación del modelo de empresa, pero que su función es distinta, estando encaminada la obligación de formación al entrenamiento del franquiciado y su personal para la explotación del modelo de negocio y la de asistencia a la prestación de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir en el desempeño de sus tareas específicas³²⁷.

Como se ha indicado, en nuestro ordenamiento, la obligación de formación no viene expresamente establecida en ningún texto legal. Las

³²⁷ MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., págs. 109-110.

únicas menciones que encontramos son las referencias que llevan a cabo la Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia, y el texto del Marco Común de Referencia. El artículo 6)2) de la Ley Modelo señala que el franquiciador debe incluir en el documento de información que entregue al franquiciado «*una descripción de los programas de formación inicial y continua*». Por su parte el artículo IV.E.-4:203³²⁸ del Marco Común de Referencia indica que el franquiciador debe dar asistencia al franquiciado mediante cursos de formación, dirección y asesoramiento.

Sobre la obligación de formación en la jurisprudencia, la Sentencia nº 52/2008, de 15 de febrero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Fundamento de Derecho Cuarto declara que «el deber de formación que deriva del contrato de franquicia se incumplió por la demandante acerca del personal que debía prestar sus servicios en el local a que se sujeta la franquicia». En este supuesto los formadores del franquiciador estuvieron únicamente en dos momentos concretos en el local franquiciado sin realizar tareas concretas de formación. Además, la Sentencia destaca que los gerentes del establecimiento franquiciado sólo estuvieron recibiendo formación unos días, lo que se considera insuficiente. Termina declarando que, junto con otros incumplimientos, la franquiciadora incumplió el deber de formación al que le obligaba el contrato de franquicia, y ello legitimó la resolución planteada por el franquiciado.

³²⁸ El artículo establece en su párrafo primero que «*The franchisor must provide the franchisee with assistance in the form of training courses, guidance and advice, in so far as necessary for the operation of the franchise business, without additional charge for the franchisee*».

También declara el incumplimiento de la obligación de formación la Sentencia nº 1/2011, de 11 de enero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo. En su Fundamento Jurídico Cuarto, frente a la alegación del franquiciador de que se había cumplido la obligación de formación con la realización de un curso de dos días antes de la firma del contrato, y con la entrega de los manuales de formación y personal, la Sentencia indica que «la obligación de “saber-hacer” encierra en sí misma una labor de formación más intensa y continuada de asesoramiento, por lo que este Tribunal considera insuficiente la entrega de dos manuales sin más, que tampoco pueden estimarse completada con las escasas intervenciones telefónicas del personal “franquiciador” a la “franquiciada”». La Sentencia declara el incumplimiento de la obligación de formación por parte del franquiciado por considerar que la misma no se lleva a cabo y que debe de ser «previa y continuada», si bien lo realiza recogiendo, como si fuese una única, las obligaciones de formación, de transmisión del saber hacer y de asistencia o asesoramiento³²⁹.

También entiende que la obligación de formación no debe limitarse a la inicial, sino que debe de ser continuada, la Sentencia nº 483/2012, de 23 de

³²⁹ Sobre la necesidad de que la formación sea inicial y continua durante toda la duración del contrato no parece existir ninguna controversia en la doctrina, al ser admitido dicho extremo de forma unánime. Como ejemplo podemos citar a SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. Y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La Franquicia...*, cit., pág. 521, que, además, realiza una distinción entre las distintas fases de la formación inicial en parte teórico-práctica y de apoyo a la apertura o PÉREZ MARTELL, R., *El arbitraje...*, cit., págs. 48-51, que diferencia tres etapas en la formación distinguiendo entre formación teórica, práctica y asistencia técnica y comercial y entre dos objetivos para la formación práctica; el desarrollo de las funciones inherentes a las diversas secciones del punto de venta y la dirección supervisada del completo funcionamiento del punto de venta.

octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que también declara incumplida la obligación de formación por parte del franquiciador. En su Fundamento de Derecho Quinto, tras atribuirle carácter de fundamental a la obligación de formación, declara que la ejecución de dos cursos de formación a los franquiciados y a su personal «no puede considerarse respuesta a los criterios de formación continuada que razonablemente cabría esperar a la vista de la redacción contenida en la “Información inicial pre-franquiciado” que refiere una asistencia directa al franquiciado»³³⁰. Entiende la Sentencia que los incumplimientos del franquiciador, entre los que se encuentra el de su obligación de formación, se consideran como esenciales y permiten al franquiciado resolver el contrato de franquicia al incidir de manera directa y probablemente decisiva en la frustración del mismo.

Del mismo modo declara incumplida por el franquiciador la obligación de formación la Sentencia nº 117/2014, de 28 de marzo, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid. El Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia, incluyendo la formación dentro del *know-how* de la franquicia, considera son insuficientes los cursos ofertados por el franquiciador. Además, realiza una distinción entre cursos de formación inicial y cursos de formación y perfeccionamiento en el manejo de la clínica, y de actualización de *know-how*.

³³⁰ En términos idénticos se expresa la Sentencia nº 595/2012, de 18 de diciembre, de la misma Sección y Audiencia Provincial, al tratar un asunto relativo al mismo franquiciador.

Resulta interesante la Sentencia nº 405/2006, de 8 de noviembre, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero no se declara el incumplimiento de la obligación de formación en base a la inexistencia de la misma, sino que se declara porque el franquiciador obligaba a los franquiciados a costear los cursos de formación que solicitaban, sin que dicha obligación figurase en el contrato. No se trata, por tanto, de un problema directamente relacionado con el incumplimiento de la obligación de formación. Pero sí ilustra la necesidad de redactar correctamente los contratos en este punto.

Señala la Sentencia que, no constando en el contrato quien debía costear los cursos de formación, debe de entenderse que el obligado es el franquiciador, puesto que «si la obligación propia del contrato suscrito obliga a CO,MA SL a poner a disposición del franquiciado un saber hacer y una asistencia continuada en esa metodología de trabajo, por lo cual los franquiciados ya pagan una importante contraprestación principal y otra mensual, en tal tesitura es necesario entender que tal enseñanza en la propia actividad que se franquicia no exigía contractualmente que estos además tuvieran que sufragar esa formación».

También establece el incumplimiento del franquiciador en relación con la obligación de formación la Sentencia nº 32/2017, de 10 de febrero, de la Sección Décimo Primera de la Audiencia Provincial de Valencia. Esta Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, establece el incumplimiento debido a que no se acredita documentalmente el cumplimiento de la obligación y a que entiende probado, a través de prueba testifical, la ausencia de formación.

Por último, la Sentencia nº 499/2015, de 16 de diciembre, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que recoge varios incumplimientos por parte de la franquiciadora, incluye en el Fundamento de Derecho Segundo un apartado donde, bajo el epígrafe de «incumplimiento del contrato porque ha existido una falta de asesoramiento y apoyo por parte de la franquiciadora» analiza, entre otras, la obligación de asesoramiento para la formación de personal, si bien se limita a manifestar que no consta que haya habido formación ni asesoramiento.

Por su parte, resulta de interés analizar las sentencias que declaran el cumplimiento de la obligación de formación por parte del franquiciador. La mayoría de ellas argumentan dicho cumplimiento en base a dos criterios. El primero de ellos, más que declarar el cumplimiento de la obligación de formación, viene a declarar que no se ha acreditado el incumplimiento de la misma, al no haberse pactado un contenido específico de la formación, y constar la realización de algún curso con dicho fin. El segundo de los criterios es que, por parte del franquiciado, no se había reclamado durante la vigencia del contrato la falta o insuficiencia de la formación, y sólo se alega la misma una vez iniciado el conflicto resolutorio.

Con respecto al primero de los criterios, la Sentencia de 10 de mayo de 2000, de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Fundamento de Derecho Quinto expone que «tampoco podemos decir si la formación impartida fue o no suficiente. Lo único que se previó en el contrato fue la impartición de tres cursillos de técnicas sanitarias y uno de

gestión comercial», para continuar diciendo que «hay prueba respecto de la existencia de esos cuatro cursos a los que hacía referencia, sin más precisiones, el contrato que las partes concluyeron, sin que podamos pronunciarnos respecto a la insuficiencia de tales enseñanzas».

La Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona también hace uso de este criterio al señalar, en su Fundamento de Derecho Quinto, que se realizó un curso inicial de 10 días y que los franquiciados acudieron a varias convenciones, teniendo además acceso permanente a la intranet de la franquiciadora, por lo que rechaza el incumplimiento solicitado por el franquiciado.

Con respecto al segundo de los criterios, el consistente en la falta de reclamación durante la duración del contrato, la Sentencia nº 220/2003, de 4 de junio, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, señala en su Fundamento Jurídico Cuarto que «en ningún momento consta que D. Juan hubiese efectuado protesta o comunicación alguna al franquiciante alusiva a la no recepción del manual inicial o a su reclamación, argumentación que asimismo puede aplicarse a la alegada ausencia de formación».

Alude también a este criterio la Sentencia nº 338/2012, de 29 de mayo, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, cuando en su Fundamento de Derecho Quinto señala que no consta queja anterior del franquiciado sobre el supuesto incumplimiento de la obligación de formación que alega en el procedimiento judicial. La Sentencia incluye un criterio no tratado por las anteriores al considerar que, derivado de la

literalidad del contrato, la formación debía ser solicitada por la franquiciada y llevada a cabo en el domicilio del franquiciador.

La Sentencia entiende que la frase «el franquiciador está dispuesto a proporcionar al franquiciado una formación y asistencia continuada» supone que dicha formación depende de la petición del franquiciado. Este criterio parece criticable y no puede compartirse.

Desde el momento en el que la formación se califica como una obligación a prestar por el franquiciador no parece que pueda dejarse a la exclusiva petición del franquiciado la realización de la misma, debiendo llevar a cabo el franquiciador la actividad suficiente y necesaria para formar al franquiciado con el fin de que pueda desarrollar el negocio que se le está transmitiendo con las máximas garantías³³¹.

Esta posición está en la línea de la argumentación, ya señalada anteriormente por la Sentencia nº 405/2006, de la Audiencia Provincial de Valencia, que entiende que, de no indicar lo contrario el contrato, la obligación de formación corresponde al franquiciador con el fin de poner a disposición del franquiciado el saber hacer propio del contrato de franquicia.

³³¹ También considera que el franquiciador debe desarrollar una actuación diligente encaminada a alcanzar el resultado esperado por el franquiciado MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 110, que califica esta obligación como de medios, pese a que entiende que las partes podrían modificar en el contrato la naturaleza de la obligación.

Supuesto distinto será que el franquiciado no reclame al franquiciador hasta la resolución del contrato, o hasta el momento en el que surja alguna controversia respecto del mismo, la realización de las actividades necesarias para el cumplimiento de la obligación de formación. En estos supuestos parece que deberá analizarse si el incumplimiento de la obligación supone la frustración del contrato para el franquiciado que no había reclamado nada hasta ese momento y, por lo tanto, si dicho incumplimiento supone o no, en el caso concreto, causa de resolución.

En este sentido, parece pronunciarse la Sentencia nº 80/2016, de 1 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, que entiende que el franquiciador cumplió su obligación de formación ya que no consta queja alguna durante la vigencia del contrato, y el franquiciado explotó la franquicia durante casi tres años³³².

Por su parte, algunas sentencias incluyen los dos criterios expuestos en su *ratio decidendi*. Así, por ejemplo, la Sentencia nº 137/2006, de 21 de marzo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en su Fundamento de Derecho Quinto señala que «no consta suficientemente acreditado que el franquiciador vulnerase el pacto relativo a la formación del personal de la franquicia, tanto en lo relativo al training inicial de tres o cuatro semanas, como a la formación continua, a los cursos de mejora y de reciclaje del personal. No consta que dicha obligación de asesoría y de formación inicial y continuada, que viene recogida en el pacto décimo de los contratos fuera prestada por el franquiciador, pero tampoco consta

³³² Fundamento de Derecho Sexto.

suficientemente probado que dicha obligación de asesoría y capacitación no se prestase. Lo cierto es que los contratos datan de los años 1998 y 1999 y que no fueron denunciados hasta la remisión del burofax de fecha 10 de junio de 2004».

Igualmente la Sentencia nº 21/2011, de 18 de enero, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en su Fundamento de Derecho Segundo señala que «no puede afirmarse que la formación inicial no fuera prestada, pues se reconoce la visita inicial del empleado de la actora que instruyó al franquiciado y su empleada en las nociones básicas» y que «resulta significativo que no se haya aportado ningún documento de fecha anterior a la ruptura de relaciones en que el franquiciado haya solicitado asistencia o comunique sus quejas por el deficiente cumplimiento de sus obligaciones por el franquiciador, en concreto no atender la solicitud de asistencia y formación continuada».

En esta misma línea se encuentra la Sentencia nº 326/2011, de 4 de noviembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León³³³. En su Fundamento de Derecho Quinto realiza un acercamiento al concepto de la obligación, además de realizar un análisis de la misma desde el punto de vista de su momento de realización y de abordar los dos criterios que venimos analizando. Se refiere al concepto de la obligación de formación como aquella que «tiene por función el adiestramiento, preparación y entrenamiento del franquiciado y su personal en la explotación del modelo de empresa para la finalidad contractualmente acordada». Por tanto,

³³³ Es ésta una de las sentencias que estudia la obligación de formación con mayor amplitud.

confirma la idea apuntada de que la formación tiene como función que el franquiciado y su personal sepan cómo aplicar el *know-how* transmitido, y cómo explotar el modelo de empresa, más allá de dicho *know-how*.

Con respecto al momento en el que se desarrolla la obligación de formación, la Sentencia diferencia entre una formación inicial, que considera cumplida con la asistencia por parte del franquiciado a un curso de dos días y medio, y la entrega de las claves para acceder a la intranet de la marca, donde se cuelga documentación e información de interés para los franquiciados, y una formación continua dirigida «a facilitar al franquiciado el asesoramiento y orientación en relación al adiestramiento y gestión del personal dependiente del mismo».

En relación a esta formación continua la Sentencia introduce un criterio novedoso, consistente en entender que dicha formación no requiere que sea presencial, puesto que «las nuevas tecnologías permiten nuevas posibilidades de cumplimiento también en cuanto al cumplimiento de esta obligación».

La formación podrá ser, por tanto, a distancia, siempre y cuando el sector donde opere la franquicia lo permita, puesto que habrá actividades donde la formación, tanto inicial como continua, deba ser necesariamente presencial por el contenido de la propia actividad.

Por último, la Sentencia alude, con el fin de tener por cumplida la obligación de formación por parte del franquiciador, al criterio de que el franquiciado no hubiese realizado ninguna reclamación relacionada con la

falta de formación o insuficiencia de la misma con anterioridad a la ruptura de las relaciones, entendiéndose que dicho extremo resulta relevante para la no sanción del cumplimiento.

Por todo ello, debemos concluir que la obligación de formación corresponde al franquiciador como contraprestación directa derivada de la obligación asumida a su vez por el franquiciado de explotación del modelo de negocio transmitido, y que dicha obligación, pese a ser una obligación de medios y no de resultado, supone el desarrollo de una actividad por parte del franquiciador tendente a lograr que el franquiciado obtenga los mayores resultados de su negocio en base a los conocimientos transmitidos. Sin olvidar que la obligación de formación no finaliza con la transmisión del modelo de negocio realizada para la puesta en funcionamiento del mismo, sino que a esta formación inicial deberá de seguirle una formación continua, cuyo fin puede ser tanto la transmisión de conocimientos o técnicas que formen parte del *know-how* propio de la marca que se ha ido actualizando, como aquellos otros que, pese a no formar parte del contenido propio de aquel, se consideren necesarias para el completo desarrollo del negocio franquiciado derivado de la actualización del modelo de empresa.

VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA O COMERCIAL.

La obligación de asistencia tiene como función la prestación, tanto periódica como de carácter eventual y/o ad hoc, de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir

en el desempeño de sus tareas específicas³³⁴. En efecto, de las definiciones recogidas en las distintas normas se extrae que la obligación del franquiciador consiste en prestar al franquiciado una asistencia técnica, comercial o ambas de forma continua durante toda la duración del contrato. Que la asistencia sea técnica o comercial puede depender del sector en el que se desarrolle la actividad franquiciada, pero también de la finalidad de la acción de asistencia.

Por ejemplo, será asistencia técnica la destinada a solucionar problemas derivados del funcionamiento del sistema informático implantado por el franquiciador en la red, y será asistencia comercial la proporcionada por el franquiciador al franquiciado con el fin de solventar una desviación de la aplicación por este último de las técnicas destinadas a la atención al cliente, pudiendo ser objeto de la obligación, por tanto, ambos tipos de asistencia.

El Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia, establece en su artículo 2.1³³⁵, junto con la transmisión de los elementos relativos a la propiedad intelectual y la transmisión del *know-how* tal, como uno de los elementos mínimos que debe contener la actividad en régimen de franquicia la obligación de prestación de asistencia comercial y/o técnica por parte del franquiciador al franquiciado.

³³⁴ Por todos, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 129.

³³⁵ El apartado c) del citado artículo establece que la actividad en régimen de franquicia comprende, por lo menos: «c) *La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo*».

Por su parte, las distintas iniciativas legislativas que han intentado regular en los últimos años el contrato de franquicia, dentro de los contratos de distribución, siempre han incluido, aunque de forma bastante general, alguna referencia a la necesidad de asistencia por parte del franquiciador al franquiciado³³⁶.

Todos los textos pre-legislativos establecen, además, dentro de las obligaciones del proveedor (franquiciador) la de suministrar al franquiciado «*la información comercial y técnica que sea precisa*»³³⁷ para el cumplimiento del contrato. Y casi todos incluyen también referencias de forma específica al regular el contenido concreto de la franquicia, estableciendo que el franquiciador se obliga con el franquiciado «*a prestarle la asistencia técnica y comercial requerida*»³³⁸.

También en el ámbito internacional encontramos referencias a la obligación de asistencia por parte del franquiciador. Podemos señalar, por ejemplo, el texto del Marco Común de Referencia, donde dentro de la Sección Segunda del Capítulo Cuarto del Libro IV, que regula las

³³⁶ Así, tanto la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, como la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 o la Propuesta de Código Mercantil del año 2013 recogen en varios artículos la obligación de asistencia del franquiciador. El artículo 543-2, letra f), de la Propuesta de Código Mercantil establece dentro de la definición del contrato de franquicia el requisito de la asistencia técnica permanente del franquiciador.

³³⁷ Así lo hacen el artículo 10.2 a) de la Propuesta de Anteproyecto, el 13.2 a) de la Proposición de Ley, el 10.1 del Proyecto de Ley y el 543-7.1 del Proyecto de Código Mercantil.

³³⁸ Artículo 19.1 de la Propuesta de Anteproyecto, 21.1 de la Proposición de Ley y 543-17.1 del Proyecto de Código Mercantil.

obligaciones del franquiciador, encontramos el artículo IV.E.-4:203, que bajo la rúbrica de “Asistencia” señala que *«el franquiciador debe proporcionar al franquiciado asistencia en forma de cursos de formación, dirección y asesoramiento, en todo lo que sea necesario para el funcionamiento del negocio franquiciado, sin cargo para el franquiciado»* y que *«debe proporcionar asistencia adicional si es requerido por el franquiciado, a un coste razonable»*³³⁹.

Ahora bien, pese a ser la asistencia un elemento esencial del contrato en las definiciones legales, por sus características, y al tratarse en puridad de una prestación y no de un bien, su incumplimiento no puede dar origen a nulidad del contrato por falta de objeto, como ocurre respecto de los signos distintivos y del **know-how**. La no prestación, o su prestación insuficiente o defectuosa, será causa de incumplimiento, pero no de nulidad.

Como se ha podido comprobar no existe ninguna definición que nos indique qué contenido concreto debe incluir la obligación de asistencia. Para ello deberemos acudir al contenido obligacional de cada contrato, en cada caso concreto, y analizar si el mismo incluye una descripción de las acciones que asume el franquiciador para prestar esa asistencia.

³³⁹ La traducción es propia, siendo el original el siguiente:

«IV.E.-4:203: Assistance.

(1) The franchisor must provide the franchisee with assistance in the form of training courses, guidance and advice, in so far as necessary for the operation of the franchise business, without additional charge for the franchisee.

(2) The franchisor must provide further assistance, in so far as reasonably requested by the franchisee, at a reasonable cost».

La doctrina ha señalado que el franquiciador incumple con dicha obligación cuando en la ejecución de las variadas actividades que se concretan en las diferentes prestaciones que la integran actúa sin la diligencia que, como ordenado empresario, le es exigida para el desenvolvimiento o ejecución de las mismas. Y por ello resulta fundamental la determinación expresa de dicha/s actividad/es en el propio clausulado, pues dada la amplitud y el diferente contenido de prestaciones a las que se puede comprometer y que varían según el grado de desarrollo alcanzado por la propia «red», parece necesario que, en cada caso, las partes contratantes procedan a describir dicho contenido³⁴⁰.

Esta necesidad de acudir a cada uno de los contratos tiene su razón en que cada franquiciador desarrolla su actividad en un sector determinado que, lógicamente, no siempre es el mismo y, en cada caso, requiere de un tipo de asistencia concreta y diferente. Además, el distinto desarrollo de la red también puede hacer variar el contenido concreto de las acciones a desarrollar por el franquiciador en cumplimiento de esta obligación³⁴¹.

Por su parte, se ha considerado que la obligación de asistencia debe garantizarse desde el principio del negocio, incluso antes de la apertura del local, mediante el suministro por parte del franquiciador al franquiciado de toda la información administrativa, financiera y de marketing necesaria para el correcto examen y valoración del negocio franquiciado. La finalidad de la asistencia técnica consiste en enseñar al franquiciado el uso correcto

³⁴⁰ HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., págs. 344-345.

³⁴¹ Del mismo modo que la experiencia previa del franquiciado, por ejemplo.

del saber hacer³⁴². A nuestro juicio, confunde formación con asistencia. Enseñar es la acción de formar, mientras que prestar es la acción de asistir.

Nos parece más acertado considerar que la función de la obligación de asistencia dentro del contrato de franquicia es, como se ha adelantado, la de prestación, tanto periódica como de carácter eventual y/o *ad hoc*, de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir en el desempeño de sus tareas específicas³⁴³.

En consecuencia, la obligación de asistencia técnica y/o comercial está comprendida por una serie de prestaciones de variada naturaleza, como informaciones acerca de cómo resolver los problemas que puedan sufrir los franquiciados en la explotación diaria del establecimiento, y/o la realización de pequeñas modificaciones sobre ubicaciones de bienes materiales para racionalizar la explotación, así como informaciones sobre gestión de conflictos en el seno de la red, o el asesoramiento en la realización de campañas de publicidad³⁴⁴.

³⁴² Identifica alguna de las acciones a desarrollar por parte del franquiciador con el fin de cumplir con la obligación de asistencia como la de asesorar al franquiciado en la puesta en marcha del negocio y en la gestión integral del establecimiento, asesoramiento en el reclutamiento de personal y la de realizar visitas periódicas con el fin de solventar los problemas surgidos al franquiciado. PÉREZ MARTELL, R., *El arbitraje...*, cit., págs. 51-52.

³⁴³ Así, MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 110.

³⁴⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs. 398-399, si bien el autor se refiere al contrato de master franquicia hemos adaptado los criterios expuestos tomando en consideración las referencias aplicables al contrato de franquicia sin intervención de la figura del master y entendiendo que los criterios expuestos en el manual de referencia son totalmente válidos para este trabajo.

Con todo, vista la falta de concreción del contenido de la obligación legal de asistencia técnica y/o comercial, tendrán que ser los tribunales los que identifiquen qué contenido concreto tiene dicha obligación de asistencia en cada uno de los supuestos que se sometan a su deliberación, y decidir si forman parte de dicho contenido la puesta a disposición del franquiciado de programas informáticos y su mantenimiento, la elección de local comercial, la prestación de servicios de marketing, etc., entendiéndose, en principio, que pueden conformar parte del mismo cualquiera de ellas, y todas las demás que tengan como finalidad el correcto funcionamiento del negocio franquiciado, la aplicación del *know-how* transmitido por el franquiciador, así como la resolución de cualquier duda o incidencia que surja con relación al funcionamiento o aplicación de cualquiera de sus elementos.

Respecto de su aplicación jurisprudencia, la Sentencia nº 338/2012, de 29 de mayo, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, establece en su Fundamento de Derecho Quinto que «la asistencia continuada en cualquier área del negocio durante la vigencia del contrato ha de ser solicitada por la propia franquiciada» configurando, por lo tanto, la prestación de esta asistencia continuada como una actividad que requiere una petición previa por parte del franquiciado.

En este caso se considera la asistencia como un derecho del franquiciado que puede ejercitar o no, y que, en el caso en el que no se solicite la asistencia, no supondrá causa de incumplimiento ni, por lo tanto, causa de resolución contractual, al no haber existido posibilidad de incumplimiento por parte del franquiciador, ya que, si no se conmina al mismo a realizar

una actividad, éste no puede llevarla a cabo ni, como consecuencia de ello, incumplir.

Esta es, sin duda, una peculiaridad relevante de la asistencia. No puede configurarse como incumplimiento resolutorio del contrato la no prestación de la asistencia si previamente no es requerida por el sujeto que necesita ser asistido, esto es, el franquiciado.

En la Sentencia nº 630/2011, de 21 de diciembre, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, se entiende que el franquiciador cumplió con su obligación de prestar la asistencia continua al poner a disposición del franquiciado un técnico, aunque el franquiciado apenas recurriese al mismo. Así, el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia recoge que la franquiciada «reconoció que tenía un técnico asignado para solventarle los problemas en el día a día cuando lo necesitara, y cree que lo llamó, pero pocas veces, así como haber asistido a algunas reuniones o convenciones y que no fue a más porque no podía económicamente».

En base a este argumento la Audiencia considera cumplida por el franquiciador la obligación de asistencia técnica y comercial, quien debe cumplir, aunque sea con una mínima actividad propia. Esta Sentencia apoya, además, la opinión de la mayoría de la doctrina al entender la obligación de asistencia como una obligación de medios y no de resultados³⁴⁵.

³⁴⁵ Expresan esta opinión, por ejemplo, MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 110, MAYORGA TOLEDANO,

Más exigente se muestra la Sentencia nº 483/2012, de 23 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que exige que el franquiciador debe realizar controles sobre la gestión empresarial del franquiciado, sin que sea suficiente tener consultores al teléfono para resolver dudas. Con este fundamento declara el incumplimiento contractual por entender incumplida la obligación del franquiciador de prestar asistencia técnica al franquiciado.

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Quinto, establece que no se cumplió la obligación de control, supervisión y auditoría, las cuales debemos equiparar con la de asistencia técnica y comercial, «puesto que la parte actora tan solo refiere que tenía consultores al teléfono de la central que podían resolver dudas, pero ni tan siquiera alega que hubiera efectuado control alguno de la gestión empresarial de la demandada, incumpliendo también la obligación asumida en tal sentido en el contrato al indicar que el franquiciador está obligado a prestar asistencia técnica al franquiciado, impartiendo información y consejos para la mejor marcha del negocio, y velar por el buen funcionamiento del negocio franquiciado³⁴⁶».

En la jurisprudencia también podemos encontrar posiciones intermedias, como la reflejada en la Sentencia nº 21/2011, de 18 de enero,

M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 125 o MASSAGUER, J., *El contrato...*, cit., pág. 175, si bien este último para el contrato de licencia de *know-how*.

³⁴⁶ Finalmente, la Sentencia acaba por señalar que la resolución previa realizada por el franquiciado estaba justificada debido al incumplimiento por parte del franquiciador de alguna de sus obligaciones esenciales, los cuales han incidido de manera directa y probablemente decisiva en la frustración del contrato, calificando dicho incumplimiento como esencial.

de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que establece que la prestación de asistencia continuada requiere una «disposición por parte de la franquiciadora a prestarla, pero también supone una iniciativa por parte del franquiciado en solicitar tal asistencia, no habiéndose alegado siquiera que tal asistencia fuera solicitada por el franquiciado y la solicitud fuera desatendida por la actora».

La Sentencia, además, no declara el incumplimiento del franquiciador debido a que, tal y como vimos en el supuesto del incumplimiento de la obligación de formación, no existía reclamación previa al procedimiento por parte del franquiciado en la que hubiese alegado una falta o insuficiencia de la asistencia, entendiéndose, por lo tanto, que la citada causa no existía o que, al menos, no se le dio importancia dentro de la relación contractual.

En nuestra opinión, esta postura pese a reconocer la asistencia como una obligación del franquiciador convierte la misma en un derecho del franquiciado que no trae consecuencias resolutorias si no ha sido ejercitado por éste y desatendido por el franquiciador.

Otro grupo de sentencias se limita a declarar el cumplimiento o no de la obligación de asistencia del franquiciador, sin entrar a hacer una mayor valoración del contenido del mismo, o de cuál de las partes es la que debe ofrecer o solicitar la ayuda o asesoramiento. Curiosa es en este sentido la Sentencia nº 357/2009, de 1 de junio del Tribunal Supremo, que en su Fundamento de Derecho Tercero declara que la asistencia técnica comercial es obvio que «no se prestó totalmente al interrumpirse la relación contractual por causa imputable a la franquiciadora».

No nos indica la Sentencia que existiese un incumplimiento relacionado con la obligación de asistencia, sino que como la misma se tiene que llevar a cabo durante toda la duración del contrato, y el mismo finalizó antes de la fecha pactada, como consecuencia de la franquiciadora, entiende que dicha obligación no se ejecutó de forma completa. Debemos señalar, no obstante, que es la única sentencia que hemos encontrado en la que se aplica el criterio de la finalización anterior al plazo pactado para argumentar la no realización por parte del franquiciador de su obligación de asistencia.

En no pocas ocasiones los problemas que originan el requerimiento de asistencia están directamente relacionados su obligación de instalar y/o mantener un sistema informático del que se beneficia la red, utilizado como base para la gestión de los locales franquiciados. En este grupo de sentencias encontramos la nº 137/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona, la nº 405/2006 de la Audiencia Provincial de Valencia, la nº 1/2011 de la Audiencia Provincial de Oviedo o la nº 460/2016, de la Audiencia Provincial de Valencia.

La primera de ellas, la Sentencia nº 137/2006, de 21 de marzo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, recoge en su Fundamento de Derecho Quinto el incumplimiento del franquiciador de la obligación asumida por su parte de implantar en la franquicia un sistema informático. Así, pese a constar en el procedimiento la compra del programa informático por parte del franquiciador y la instalación de los ordenadores en los locales de los franquiciados, se declara el incumplimiento debido a que de la documentación aportada «se desprende

la compra de licencias de software pero lo que no ha acreditado el franquiciador es la instalación de un sistema informático y la conexión directa con la central en los términos previstos en los respectivos contratos³⁴⁷».

Por su parte, el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia nº 405/2006, de 8 de noviembre, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, establece el incumplimiento por parte del franquiciador de la obligación de asistencia como parte integrante de la de transmisión del *know-how*. Así, entiende incumplida la transmisión del *know-how*, «al haber graves deficiencias en el uso y aplicación informática; no realizarse la programación de marketing y publicidad a nivel regional; no efectuar la formación de los franquiciados y ostentar graves deficiencias en el servicio financiero a que venían obligados a usar los franquiciados».

Con respecto a la obligación de cesión del software y aplicación informática entiende incumplida la obligación del franquiciador debido a que el sistema informático no funcionaba en numerosas ocasiones. Y con respecto a la disposición y aprovechamiento efectivo de un servicio financiero entiende que, debido a que el franquiciador obligaba a los franquiciados a utilizar dicho servicio para la gestión de todas sus operaciones y que el mismo no generaba ningún beneficio a los franquiciados, llegando incluso a perjudicar a los mismos al causar retraso

³⁴⁷ La Sentencia apoya esta declaración de incumplimiento con el fundamento de que se había pactado el pago de canon en un porcentaje y, de forma excepcional, en cantidad fija hasta que se efectuara la instalación del sistema y siempre se había pagado la cantidad fija, con lo que concluye que no se había instalado el sistema informático.

en las operaciones y frustrar algunas de ellas y constando las quejas de los franquiciados por el defectuoso servicio, considera acreditado el incumplimiento por parte del franquiciador.

También declara el incumplimiento del franquiciador con respecto al sistema informático la Sentencia nº 1/2011, de 11 de enero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo. En su Fundamento de Derecho Cuarto entiende probado el incumplimiento de la prestación del mantenimiento del sistema informático al existir un fallo informático «sin que se permita establecer la diligencia debida en la subsanación del mismo; antes al contrario, lo que permite constatar es la falta de reparación de la deficiencia hasta el punto de que condujo a la desaparición de la Web».

Por su parte, la Sentencia nº 460/2016, de 18 de noviembre, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, declara que no existe incumplimiento por parte del franquiciador de la obligación que asumió con respecto al sistema para la gestión de pedidos y control de stocks que debía instalar el franquiciado. Señala el Fundamento de Derecho Segundo que el sistema se instaló en el equipo del franquiciado y que el mismo era idóneo para las funciones a las que estaba dirigido. Además, cuando hubo una incidencia se solucionó y dicha incidencia no supuso una interferencia grave en el funcionamiento de la actividad comercial del franquiciado. Debido a todo ello se concluye por parte del Tribunal que «no se acredita que concurra causa esencial, grave o menos grave que justifique la resolución unilateral a instancia del franquiciado», suponiendo además una «mera alegación sin acreditación de perjuicio alguno».

Esta falta de concreción del contenido de la obligación de asistencia nos permite también incluir entre las actividades del franquiciador, que conforman la obligación que estamos tratando, en los contratos en su modalidad “llave en mano”, la de la búsqueda de local por parte del franquiciador y la posterior solicitud de licencia de actividad sobre el establecimiento. En estos casos parece que todos los trámites necesarios hasta la apertura del negocio al público corresponderán al franquiciador, y será obligación de éste realizarlos adecuadamente, suponiendo la no obtención de licencia por la inadecuación del local a la actividad objeto de la franquicia un incumplimiento del contrato y, consecuentemente, causa de resolución del mismo.

En este punto resulta necesaria la referencia a la Sentencia nº 278/2014, de 21 de julio, de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve un procedimiento en el que se declara el incumplimiento del franquiciador como consecuencia de que no se le concedió al franquiciado la licencia de explotación del local donde estableció la franquicia, debido a que el local no tenía la superficie necesaria y no se podía separar la zona de venta de la de consumo.

La Sentencia establece que la obligación de solicitar y tramitar la licencia correspondía al franquiciado, pero «el hecho de que se denegara tal licencia es relevante desde la perspectiva del contrato toda vez que fue la franquiciadora la que gestionó y eligió el local para desarrollar una actividad respecto de la que su conocimiento es total». Y añade también que «la negación de la licencia impedía el consumo en el local por efecto de la superficie del mismo, siendo posible la venta para llevar, lo que afecta de

manera esencial al objeto del contrato por una elección, la del local, solo imputable a la demandada» y finaliza declarando que «la elección del local por la demandada ha frustrado el fin del contrato al alterar los términos de su objeto, lo que lleva a que haya de darse lugar a la resolución interesada».

Parece, por tanto, que la elección del local por parte del franquiciador, cuando ésta se lleva a cabo, forma parte de la asistencia comercial que el mismo ofrece al franquiciado. Dicha asistencia, como expusimos, tiene que ser continua durante toda la duración del contrato, pero también se lleva a cabo en el inicio del mismo. Por lo tanto, la elección del local forma parte de la obligación de asistencia que corresponde al franquiciador y, en casos como el analizado, el incumplimiento supone causa de resolución del contrato. Puesto que el franquiciador tiene obligación de conocer los requisitos que necesita un local en el que se va a desarrollar la actividad objeto de su modelo de negocio, tanto en sus aspectos comerciales como en los requisitos técnicos que el mismo requiere.

No admite, sin embargo, el incumplimiento del franquiciador, la Sentencia nº 392/2016, de 17 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en un supuesto en el que el franquiciado alega que no se le concedió la licencia de actividad. Pero, en este caso, el contrato dejaba claro que el franquiciado era el responsable de la obtención y mantenimiento de la licencia de actividad. La Sentencia argumenta que la actividad que desarrollaba el franquiciado era más amplia que la que recogía el contrato y que, precisamente, las actividades que sí que recogía hubiesen provocado la concesión de dicha licencia. Además, se establece que no quedó acreditada «responsabilidad alguna de la franquiciadora en

cuanto a la selección del local o la obtención de licencias, puesto que tal cometido correspondía en exclusiva a la franquiciada, como suele ser lo habitual en este tipo de contratos. Aunque la franquiciadora diese el visto bueno a la ubicación del local, recomendó a la franquiciada la contratación de una empresa de ingeniería».

Por otro lado, se encuentran serie de sentencias que tratan la obligación de asistencia del franquiciador de un modo más genérico, sin concretar actividades específicas. Así, la Sentencia nº 618/2007, de 6 de noviembre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que declara cumplida la obligación de asistencia por parte del franquiciador, en su Fundamento Jurídico Sexto considera que la falta relevante de la obligación de asistencia comercial o técnica podría dar lugar a la resolución del contrato de franquicia «en cuanto esta constituye una de las tres prestaciones principales del contrato de franquicia» y «siempre que la demandante, que es quien alega tal incumplimiento, acreditara el mismo».

Centrándose en el estudio del posible incumplimiento de la obligación por parte del franquiciador, expone que la empresa franquiciada no formuló en un primer periodo queja alguna sobre este aspecto ni requirió al franquiciador el asesoramiento correspondiente. Que posteriormente, en noviembre de 2004, solicita ayuda al franquiciador y éste elabora un plan de acción que la franquiciada rechazó. Además, el franquiciador había estado realizando auditorías y visitas al local franquiciado. Con posterioridad, en enero de 2005, el franquiciado da unilateralmente por resuelto el contrato.

La Sentencia no estima acreditado el incumplimiento de la obligación de prestar asistencia técnica y comercial en base a la prueba testifical practicada, por la que entiende que sí que se prestó la asistencia debida. Además, apoya su tesis con los elementos ya comentados referentes a las visitas y auditorías que realizó el franquiciador, y a que la solicitud de asistencia se realiza sólo dos meses antes de dar por resuelto el contrato por parte del franquiciado y sin que éste atendiese al plan realizado por aquél.

Otra de las sentencias que aborda el tema tratado es la Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual analiza en su Fundamento de Derecho Quinto la posibilidad de resolución del contrato de franquicia en relación a la alegación de incumplimiento de la obligación de asistencia y asesoramiento. En este caso la Sentencia declara cumplida la obligación, si bien se limita a señalar que la franquiciada tenía a su disposición un interlocutor para que le asesorara y acceso a la intranet. Con este argumento y sin entrar a analizar con mayor profundidad el contenido de la obligación de asistencia da por probado el cumplimiento de la misma por parte del franquiciador.

Por su parte, la Sentencia nº 606/2011, de 14 de diciembre, de la Sección Decimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona, aborda el posible incumplimiento de la obligación de asistencia desde el análisis de dos alegaciones diferentes: desde la posible falta de asesoramiento técnico y desde la falta de suministro del sistema informático. En lo referente al contenido de la obligación de asistencia técnica la Sentencia señala que,

según lo recogido en el contrato de franquicia, la misma «se refiere a consultas y soluciones técnicas a los problemas que surjan al franquiciado en relación con el objeto del contrato» y con esta base valora la alegación concreta de la demanda que se concreta en la posible vulneración o incumplimiento de «la prestación por el franquiciador de los servicios de asistencia técnica en la elaboración de proyectos». En este caso la Sentencia declara que no existe incumplimiento por parte del franquiciador puesto que, tras analizar el supuesto concreto, se concluye que no se precisaba, por parte del franquiciado, solución técnica alguna, puesto que el problema planteado no era técnico.

En lo referente al suministro de sistema informático, que la Sentencia analiza en el mismo Fundamento Jurídico Séptimo como parte de la obligación de asistencia, la misma entiende que tampoco existió incumplimiento por cuanto que se alegan unos defectos del programa, pero no consta que dichos defectos causasen resultados negativos en las instalaciones realizadas por el franquiciado, ni consta que existan reclamaciones de los clientes del franquiciado, ni que no se corrigiesen dichos defectos por el franquiciador y, además, sólo se produjeron los mismos en relación al franquiciado concreto pero con ninguno más³⁴⁸.

Por su parte, la Sentencia nº 30/2016, de 25 de enero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Fundamento de Derecho

³⁴⁸ Como podemos observar en el contenido de la Sentencia, y como sucede en otras tantas sentencias analizadas, es necesaria la prueba fehaciente del incumplimiento alegado por parte del franquiciado para que el mismo sea estimado, puesto que la falta de prueba de la alegación suele conllevar la declaración del cumplimiento de la obligación por parte del franquiciador o la falta de acreditación del incumplimiento perseguido.

Tercero, señala que no se puede estimar como causa resolutoria del contrato la no prestación por el franquiciador de soporte técnico y asesoramiento publicitario, «pues el actor no hizo pago del canon establecido por publicidad y no puede pretender beneficiarse de un servicio del que no paga su importe».

Esta postura de la Audiencia resulta criticable. En este caso se pierde otra oportunidad de entrar a valorar por la Audiencia el contenido concreto de la obligación, puesto que no se valora si el franquiciador cumplió o no con su obligación, sino que se limita a señalar, tal y como hemos expuesto, la no estimación del incumplimiento por falta de pago del franquiciado, debiendo apuntar que, a nuestro entender, y si no se establece de forma expresa por el contrato concreto, el canon de publicidad no retribuye la obligación de asistencia técnica y/o comercial, que estaría retribuida por el canon o royalty mensual o de funcionamiento que suele estar diferenciado de aquél.

Por último, debemos hacer referencia al contenido de la Sentencia nº 80/2016, de 1 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona. En su Fundamento de Derecho Sexto declara que «no se aprecia que hubiera existido un incumplimiento de la obligación de formación y asesoramiento, las pruebas evidencian lo contrario y las alegaciones de la parte no ofrecen apoyatura probatoria suficiente para acreditar un incumplimiento del compromiso de formación y asesoramiento a que se refiere el contrato de franquicia suscrito entre las ahora litigantes». La Sentencia señala que la franquiciadora realizó visitas y llamadas para cumplir con su obligación y que la franquiciada no se quejó de la falta de asistencia mientras el contrato estuvo vigente.

Por tanto, nuevamente es más la falta de queja durante la vigencia del contrato, o de reclamación de la efectiva prestación de asistencia, la que lleva a la Audiencia a declarar el cumplimiento de la obligación por parte del franquiciador, que el propio análisis del contenido de la obligación, y del cumplimiento efectivo o no de las acciones por parte del mismo tendente a dicho cumplimiento.

Una vez analizado el análisis jurisprudencial en relación con la obligación de asistencia técnica y/o comercial debemos concluir que, en nuestra opinión, la asistencia continua debe ser configurada como una obligación del franquiciador, y que éste, dentro de su obligación general de velar por el buen funcionamiento de la red, debe ejercitarla. Aunque su asistencia no sea requerida por el franquiciado, el franquiciador deberá llevar a cabo una mínima acción, por ejemplo, mediante de visitas periódicas de supervisión donde se puedan observar desviaciones de la actuación del franquiciado en relación al know-how transmitido y, como consecuencia, ejercer la asistencia a través de medidas correctoras oportunas.

Configurada la obligación del franquiciador como actividad propia, sin necesidad de requerimiento previo del franquiciado, entendemos que la resolución por incumplimiento puede producirse siempre que exista una inejecución de la misma o una ejecución defectuosa. Y habiendo determinado ya que la obligación de asistencia queda configurada como uno de los requisitos mínimos o básicos que regula la relación contractual de franquicia, el incumplimiento de dicha obligación será causa de resolución del contrato en el momento en el que el mismo tenga condición

de esencial, es decir, en el momento que el incumplimiento frustre las expectativas que el franquiciado, en este caso, tuviese sobre el contrato.

No obstante, parece necesario que se produzca una mínima actividad por parte del franquiciado en virtud del principio de buena fe que rige la relación de franquicia. Tanto si se produce el incumplimiento del franquiciador en la asistencia como si el mismo se realiza de forma parcial o defectuosa, entendemos que debe existir un requerimiento del franquiciado en aras a que el franquiciador realice dichas labores de asistencia, las complete o las modifique, con el fin de que, en el caso de persistir el franquiciador en su actitud incumplidora, sí que sea considerado como un incumplimiento esencial del contrato.

VII. INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADO DE LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTACIÓN DE LA FRANQUICIA.

Es ésta una obligación que corresponde al franquiciado y que, junto con el pago de los royalties, es admitida como una obligación principal dentro de la relación de franquicia, tal y como hemos visto. Pese a ello, existe poca jurisprudencia en relación con el análisis de su incumplimiento por parte de los franquiciados. No existen apenas sentencias que realicen un estudio del incumplimiento de la obligación de explotación de la franquicia ni que analicen los requisitos que debe reunir dicho incumplimiento.

Posiblemente sea debido a que la obligación de explotación de la franquicia queda definida como una obligación con un contenido bastante genérico y amplio, que puede contener, a su vez, algunas otras obligaciones

ya vistas en el presente trabajo y que suelen ser, de manera más específica, las argumentadas en las demandas para justificar un incumplimiento contractual por parte del franquiciado.

No obstante encontramos Sentencias, como la nº 535/2000, de 5 de junio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, o la nº 52/2008, de 15 de febrero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en las que se configura de forma pacífica, como una de las obligaciones del franquiciado en el contrato de franquicia, la de explotar el negocio franquiciado³⁴⁹.

Esta obligación del franquiciado relativa a la explotación del modelo de negocio tiene su fundamento en el interés que persigue el franquiciador en la expansión de la red al celebrar el contrato de franquicia, el cual se satisface con la explotación del negocio por parte de los franquiciados. La inactividad o la deficiente explotación del negocio por parte de los franquiciados supondría la depreciación de la imagen de la red³⁵⁰.

Debemos señalar también que la obligación de explotación por parte del franquiciado conlleva otra obligación ligada a la misma, como es la de soportar los controles que ejerce el franquiciador sobre la actividad del franquiciado, precisamente, para supervisar esa diligente explotación.

³⁴⁹ Ambas sentencias establecen de forma idéntica que son obligaciones del franquiciado, entre otras como la del pago de cánones o la de actuar de buena fe, «la obligación de explotar y dedicarse con intensidad al uso del bien concedido».

³⁵⁰ En este sentido se expresa también MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 116.

El incumplimiento de esta obligación, ligada a la de la explotación del negocio, puede conllevar también la resolución del contrato de franquicia, tal y como establece la Sentencia nº 437/2012, de 4 de septiembre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en un supuesto en el que declara probado la obstrucción a esas visitas de supervisión por un franquiciado como consecuencia de que «las visitas de inspección eran la vía que tenía la demandante para comprobar si se cumplían unas obligaciones esenciales del contrato que son necesarias para tutelar el buen fin del contrato y el interés buscado por la actora con el mismo».

El franquiciado debe explotar el negocio mediante una diligencia debida y -como apuntas las sentencias analizadas- con la intensidad necesaria, pero, además, siguiendo las instrucciones emitidas por el franquiciador. Esta subordinación a las instrucciones emitidas por el franquiciador es consecuencia directa, como señala la doctrina³⁵¹, de la integración del franquiciado en la estructura del franquiciador, supeditando con ello parte de su autonomía al poder de dirección y control del franquiciador sobre la red con el fin de mantener la imagen homogénea de la misma.

Esta relación entre la obligación de explotación y el derecho de supervisión del franquiciador viene establecida por el texto del Marco Común de Referencia, que en su artículo IV.E.-4:303 establece como una de las obligaciones del franquiciado la de realizar los esfuerzos razonables para explotar el negocio franquiciado de acuerdo con el método del

³⁵¹ MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., págs. 116-117, siguiendo a su maestro RUIZ PERIS.

franquiciador³⁵²; y en su artículo IV.E.-4:304 establece la obligación del franquiciado de permitir el acceso del franquiciador al local y a los libros contables para comprobar que se está cumpliendo con el método e instrucciones del mismo³⁵³.

No se realiza por parte de los Tribunales una delimitación del contenido de la obligación de explotación del negocio franquiciado, quedando configurado el mismo de forma muy amplia. Tampoco se ha realizado una mayor delimitación por parte del legislador. Así, las normas vigentes no hacen referencia a la obligación de explotación del negocio por parte del franquiciado, y los intentos legislativos de los últimos años, si bien realizaban alguna referencia, tampoco incluían una mayor delimitación del contenido de la misma³⁵⁴.

³⁵² La redacción del artículo es la siguiente: «IV.E.-4:303 *Business method and instructions* (1) *The franchisee must make reasonable efforts to operate the franchise business according to the business method of the franchisor.* (2) *The franchisee must follow the franchisor's reasonable instructions in relation to the business method and the maintenance of the reputation of the network.* (3) *The franchisee must take reasonable care not to harm the franchise network.* (4) *The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects*».

³⁵³ La redacción original del artículo es la siguiente: «IV.E.-4:304: *Inspection* (1) *The franchisee must grant the franchisor reasonable access to the franchisee's premises to enable the franchisor to check that the franchisee is complying with the franchisor's business method and instructions.* (2) *The franchisee must grant the franchisor reasonable Access to the accounting books of the franchisee*».

³⁵⁴ Basta como ejemplo citar el contenido del artículo 10.3.a) de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, el artículo 13.3.a) de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008 o el artículo 543-8 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, donde con el mismo contenido se establece como obligación del distribuidor, franquiciado en nuestro caso, la de «disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios».

La doctrina ha realizado una aproximación más concreta respecto al contenido de la obligación, señalando que, además de suponer incumplimiento de la misma la omisión de la ejecución de dicha obligación, sería incumplimiento también la vulneración de los límites «que quedan previstos o contemplados al configurar la obligación y a cuyo respeto queda constreñido expresamente el franquiciado», siendo ejemplos de este tipo de incumplimiento, se afirma: la vulneración de la zona de exclusiva a través de la captación activa de clientes, la vulneración de la cláusula de aprovisionamiento a través de la venta o utilización de productos no provenientes del franquiciador, etc³⁵⁵.

Este listado ofrecido por la doctrina ejemplifica la dificultad de concretar la obligación de explotación, puesto que, a nuestro entender, los ejemplos citados no constituirían incumplimiento de la obligación de explotación, sino incumplimientos de obligaciones independientes asumidas por el franquiciado en el contrato de franquicia.

Tanto la vulneración de la exclusividad de zona como la obligación de adquisición de suministros deberán estar recogidas en el contrato de franquicia para que el incumplimiento de las mismas suponga resolución del contrato. No recogiendo el contrato tales obligaciones para el franquiciado, no supondrán incumplimiento dichas actuaciones al no estar prohibida su realización. Es decir, si el contrato no impone la adquisición de unos productos de forma exclusiva al franquiciador, la adquisición de los mismos por parte del franquiciado a cualquier otro distribuidor no podrá

³⁵⁵ HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., págs. 347-348.

suponer incumplimiento de la obligación de explotación, puesto que no forma parte de las pautas dictadas por el franquiciador al franquiciado, siempre que respete la uniformidad.

Esta opinión entendemos que queda ratificada por el propio contenido de las sentencias analizadas, puesto que en las mismas, al señalar como una de las obligaciones del franquiciado la de explotar el negocio, se hace de forma separada de otras obligaciones como la de «responsabilizarse de las obligaciones contraídas por el contrato»³⁵⁶, donde parece que habrá que incluir estas otras formas de incumplimiento si el convenio ha recogido las correspondientes obligaciones.

Por tanto, parece que la delimitación del contenido concreto de la obligación de explotación del negocio por parte del franquiciado dependerá, en última instancia, del modelo concreto de negocio ante el que nos encontremos, debiendo analizar el tribunal en cada caso concreto el cumplimiento de la obligación por parte del franquiciado, atendiendo a las características particulares del funcionamiento de la red.

Deberá el franquiciado desarrollar la diligencia necesaria para explotar el negocio de acuerdo a las instrucciones y métodos comunicados por el franquiciador con el fin de que el servicio prestado, o el producto comercializado por el establecimiento franquiciado, manteniendo una

³⁵⁶ Así lo establecen el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia nº 535/2000 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada o el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia nº 52/2008 de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid.

uniformidad con respecto al resto de establecimientos franquiciados de la red, y así no perjudicar la imagen común y reputación de la marca.

La no aplicación de dichos métodos o instrucciones, de forma voluntaria, supondrán el incumplimiento de la obligación del franquiciado, y la posibilidad del franquiciador de solicitar la resolución del contrato de franquicia³⁵⁷.

VIII. INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGOS PERIÓDICOS.

Como ha señalado la doctrina³⁵⁸, sobre el franquiciado recae la obligación principal de pago del precio o retribución al franquiciador en las condiciones pactadas en el contrato. El régimen económico del contrato más común es exigir al franquiciado el pago de un canon de entrada y de unos cánones periódicos. No obstante, la existencia de cánones no son un elemento esencial de los contratos de franquicia. En efecto, en el supuesto más habitual el franquiciado asumirá la obligación de pago de un canon de entrada y de royalties, pero existen redes de franquicia que prevén el pago de un canon de entrada, pero no de royalties, otras que prevén el pago de

³⁵⁷ Para probar el incumplimiento de la presente obligación será útil la realización de informes de seguimiento por parte del personal del franquiciador encargado de la supervisión de los locales franquiciados y la correspondiente remisión de los mismos al franquiciado con el requerimiento para que efectúe las modificaciones necesarias para ajustar la explotación del negocio a las pautas y métodos exigidos por el franquiciador, produciendo el impedimento de las labores de inspección por parte del franquiciado los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de explotación del negocio, debido a la facultad de inspección que tiene el franquiciador.

³⁵⁸ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág., 130.

royalties, pero no de canon de entrada, e incluso redes que no prevén ni canon de entrada ni pago de royalties. Éstas últimas suelen encontrarse en el sector de la distribución de producto, donde el franquiciador obtiene el retorno económico por el uso de su modelo de empresa no en la existencia de cánones sino en la obligación de aprovisionamiento exclusivo y obligación de compras mínimas asumidas por el franquiciado³⁵⁹.

El franquiciado, por tanto, suele obligarse mediante la conclusión del contrato de franquicia, y a cambio de las correspondientes contraprestaciones por parte del franquiciador, al abono de unas cantidades establecidas en contrato. Dichos pagos pueden recibir distintas denominaciones, siendo las más habituales las de royalty o canon por explotación, calculado a partir de distintos sistemas como porcentajes sobre facturación, cantidades fijas, etc.

Si bien el franquiciado puede venir obligado también a otros pagos como consecuencia del contrato de franquicia, como pudieran ser el canon de entrada, los pagos relacionados con la compra de mercancías al franquiciador, etc., en el presente apartado nos centraremos en el estudio de los pagos periódicos, es decir, el canon o royalty por explotación, y también el canon por publicidad, por entender que son los que remuneran al franquiciador por la asistencia y resto de contraprestaciones propias del

³⁵⁹ En efecto, no son extrañas redes que no requieren el pago de ningún canon. El franquiciado, en ese caso, se obliga a adquirir determinados productos –ver, como ejemplo, el conocido caso “Siegel versus ChickenDelight”, comentado por FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “La Jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del franchising”, *ADI*, T. VII, 1981, pág. 495 y 496-. Son los conocidos como “cánones ocultos”, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, Trivium, 1991, pág. 64-.

sistema de franquicia que ofrece al franquiciado durante la vigencia del contrato.

A priori podríamos decir que no existe una verdadera problemática relacionada con el incumplimiento de la presente obligación. Si el franquiciado no cumple con su obligación de pago, el franquiciador tiene la facultad de resolver el contrato por incumplimiento del mismo. Además, en la casi totalidad de los contratos escritos, se establece como causa de resolución del contrato de manera específica el impago de cualquiera de las cantidades a las que viene obligado el franquiciado.

No obstante, siendo ésta una de las principales causas de resolución de los contratos de franquicia, y por lo tanto causa de incumplimiento, hemos querido analizar la misma al entender que sí que pueden surgir ciertos problemas en la interpretación. Algunos de los problemas que plantea el incumplimiento de la obligación de pago son, entre otros, los supuestos de mora en el pago, que no constituyen un verdadero incumplimiento, y aquellos otros en los que el impago se produce como consecuencia de un incumplimiento previo por parte del franquiciador.

En el supuesto de la mora en el pago deberemos tener en cuenta, sobre todo, el tiempo transcurrido desde la fecha del cumplimiento de la obligación y la posible reiteración de los impagos. Se puede calificar como incumplimiento de la obligación de pago, y no mero retraso, en los supuestos en los que el impago se produce de manera reiterada, y aquellos en los que, habiendo existido requerimiento del franquiciador con el fin de reclamar el pago de las cantidades debidas, el mismo sigue sin realizarse. En

estos casos el franquiciador podrá resolver el contrato de franquicia por incumplimiento de la obligación de pago del franquiciado. En sentido contrario parece que no procederá la resolución del contrato de franquicia en los casos en los que el franquiciador intente aprovechar un mero retraso en el pago para proceder a la denuncia del mismo. En este caso, será necesario analizar las concretas circunstancias del caso en relación con el artículo 7 del Código Civil.

Por su parte, cuando el impago se produce como consecuencia de un incumplimiento previo del franquiciador, debemos tener en cuenta, como ya vimos en su momento, que si bien el artículo 1.124 del Código Civil no exige el cumplimiento previo de la parte que promueve la resolución, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara al manifestar que la acción resolutoria corresponde a quién cumplió su obligación. No obstante, esta argumentación se ha venido matizando en el sentido de que puede instar la resolución quien ha incumplido como consecuencia de un incumplimiento anterior, ya que se entiende que la conducta del primer incumplidor libera de su obligación al otro. Con base en ello, y en relación con la obligación de pago, parece que estará facultado para instar la resolución del contrato de franquicia el franquiciado que haya dejado de abonar sus obligaciones económicas como consecuencia de un incumplimiento previo del franquiciador. Pero no cuando dicho incumplimiento no exista. Además, dicho incumplimiento previo parece que deberá haber sido denunciado con anterioridad al inicio del impago por parte del franquiciado con el fin de poder poner de manifiesto la relación entre el incumplimiento del franquiciador y el cese de los pagos a los que venía obligado el franquiciado por contrato.

Con carácter general no parece existir ningún problema en entender que la obligación de pagos periódicos por parte del franquiciado se establece como una obligación esencial dentro del contrato, configurándose, además, como la principal de las obligaciones a cargo del mismo. Este carácter esencial viene establecido al configurarse esta obligación como contraprestación directa de las principales obligaciones asumidas por el franquiciador, tal y como se establece por el legislador. Así, el artículo 2 del Real Decreto 201/2010 al definir la actividad comercial en régimen de franquicia ya señala que la cesión por parte del franquiciador del derecho a la explotación de una franquicia se realiza «*a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas*», y el artículo 3 del mismo texto incluye dentro de los elementos esenciales del acuerdo de franquicia que debe recoger la información precontractual las «*contraprestaciones económicas*».

Esta esencialidad se viene manteniendo en los textos prelegislativos. Así, tanto en el artículo 2.6 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del 2006, como en el mismo artículo de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, o en el artículo 543-2 f) de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, se recoge que el contrato de franquicia el franquiciador cede al franquiciado el derecho a explotar la franquicia «*a cambio de una compensación económica*».

En el Marco Común de Referencia aparecen hasta tres referencias al tema que nos ocupa³⁶⁰. El artículo IV.E.-4:101, en línea con lo transcrito anteriormente, también indica que la cesión de la franquicia se realiza a cambio de una contraprestación³⁶¹. La segunda mención se recoge en el artículo IV.E.-4:102, donde al tratar de la información precontractual señala que el franquiciador debe de informar de los royalties y otros pagos periódicos³⁶². Por último, el artículo IV.E.-4:301 establece como una de las obligaciones del franquiciado el pago de los royalties y otros pagos periódicos establecidos en el contrato³⁶³.

Esta esencialidad que venimos apuntando para la obligación de los pagos por parte del franquiciado tiene también su apoyo jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo, y de las distintas Audiencias Provinciales, vienen incluyendo un concepto de contrato de franquicia en el que se recoge también esta reciprocidad entre la cesión del modelo de negocio por

³⁶⁰ Otras normas que recogen la importancia del pago de las prestaciones económicas por parte del franquiciado son la Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia, de 25 de septiembre de 2002 o el Marco Común de Referencia del año 2008. La primera de ellas recoge en su artículo 6.2.I), dentro de la información que debe incluirse en el documento de franquicia para su divulgación, la referida a «otros cánones y cualesquiera otros pagos, incluyendo cualquier incremento de cánones, impuestos por el franquiciador».

³⁶¹ La mención literal que contiene el citado artículo es «*in Exchange for remuneration*», muy similar al criterio de compensación económica utilizado por nuestro legislador.

³⁶² La letra (g) del apartado (1) del artículo contiene la expresión «*the fees, royalties or any other periodical payments*».

³⁶³ El citado artículo es el primero de la Sección 3, que recoge las obligaciones del franquiciado y que presenta la siguiente literalidad: «**IV.E.-4:301: Fees, royalties and other periodical payments (1)***The franchisee must pay to the franchisor fees, royalties or other periodical payments agree dupon in the contract*».

parte del franquiciador y el pago de una contraprestación económica por parte del franquiciado³⁶⁴.

La obligación de pago del franquiciado es establecida también por la jurisprudencia como una de las obligaciones del mismo, señalando que el incumplimiento de esta obligación, así como de las demás fijadas en el contrato, da lugar a la aplicación «de la teoría general de las obligaciones y contratos en orden a la posibilidad de las partes de instar su resolución, cuando no han sido cumplidos los términos pactados, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico así lo permite el artículo 1.124 del Código Civil, cuando se está en presencia de un incumplimiento de lo pactado». Así lo establece, por ejemplo, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia nº 535/2000, de 5 de junio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada³⁶⁵.

Por su parte, la Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, indica en su Fundamento de Derecho Tercero que uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia es «la contraprestación económica, directa o

³⁶⁴ Así, por ejemplo, lo estableció ya la Sentencia nº 164/1997, de 4 de marzo, del Tribunal Supremo al señalar en su Fundamento de Derecho Primero que «la característica fundamental de esta modalidad contractual estriba en que una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje». Referencias muy similares incluyen otras sentencias del Tribunal Supremo como la nº 754/2005, de 21 de octubre.

³⁶⁵ Que, como hemos mencionado, establece como la primera de las obligaciones del franquiciado «el pago de cánones periódicos por la transmisión» del negocio.

indirecta, al franquiciador por los servicios prestados al franquiciado (generalmente una cuota de entrada y un canon periódico, establecido habitualmente en función de las ventas)», y que uno de los elementos que comprende el contenido del contrato de franquicia es «la obligación del franquiciado de pagar el canon, para acceder a la franquicia y el periódico (royalty)».

Nos parece interesante apuntar el contenido de la Sentencia nº 138/2016, de 7 de abril, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, debido a que reúne todos los argumentos que hemos ido señalando con el fin de justificar la esencialidad e importancia del pago de los royalties en la relación de franquicia. Así, en su Fundamento de Derecho Quinto recoge la definición que hemos apuntado del contrato de franquicia en la que incluye la necesidad de la contraprestación económica o canon como pago por la cesión del negocio que realiza el franquiciador.

En el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia, la Audiencia además de citar como obligación principal del franquiciado la del «pago de los cánones periódicos por la transmisión pactada», considera que «es un incumplimiento esencial el impago del canon mensual pactado, porque es una obligación inexcusable de la parte franquiciada, con arreglo a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia», incluyendo cita de diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, y del Tribunal Supremo.

Por lo tanto, el pago del royalty o canon periódico es una de las obligaciones principales del contrato de franquicia, y viene establecido

como contraprestación a la cesión del modelo de negocio por parte del franquiciador.

Debemos delimitar, por tanto, cuál es el contenido concreto de la obligación. El canon periódico puede venir establecido de diversas formas por el franquiciador tal y como ya se ha avanzado. Podemos encontrarnos con la fijación de un pago en forma de porcentaje sobre la facturación, las ventas o las compras o podemos encontrarnos con la fijación de una cantidad fija³⁶⁶.

Además, el canon suele tener un vencimiento mensual, siendo obligatorio su pago por anticipado normalmente en los casos de canon fijo, y tras el vencimiento del mes en los casos del porcentaje, al tener que efectuarse la correspondiente liquidación.

Por su parte, el royalty de publicidad tiene como finalidad el contribuir a la realización de campañas de publicidad para la difusión de la imagen de la marca de la franquicia. El fondo de publicidad formado por los royalties de todos los franquiciados suele ser gestionado por el franquiciador en beneficio de toda la red, aunque se puede ceder su gestión en todo o en parte a los franquiciados. Por ello hay autores que consideran que «el canon de publicidad no genera en el franquiciador una obligación de gestionar estos ingresos a modo de depósito y, por lo tanto, los miembros de la red no

³⁶⁶ Ver, por todos, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares...*, cit., pág. 201.

poseen, al estilo del depositante, una facultad de control sobre el destino de los mismos³⁶⁷.

Si con respecto al carácter retributivo del royalty de explotación no hay ninguna duda, al ser contraprestación directa de las obligaciones que lleva a cabo el franquiciador, se ha sostenido que el royalty de publicidad no tiene dicho carácter retributivo, al no ser una retribución al franquiciador sino, como hemos apuntado, una contribución a la publicidad de la red³⁶⁸, o por entender que no constituye un ingreso para el franquiciador, por tener éste una mera función de gestor o administrador del fondo de publicidad³⁶⁹.

En nuestra opinión ambos pagos tienen la misma naturaleza, y poseen carácter retributivo, al ser contraprestaciones abonadas por el franquiciado al franquiciador como cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de franquicia por ambas partes. Si bien el destino al que se dirigen es distinto. El franquiciador es el que, en ambos casos, percibe los pagos y decide en última instancia sobre la aplicación de los mismos. Además, y con respecto al royalty de publicidad, el franquiciador, en la mayoría de los casos, no es un simple gestor o administrador del fondo, sino que diseña, define y trabaja en el contenido de las campañas de publicidad, pudiendo tener gente contratada para estos fines, por lo que el carácter del royalty es también retributivo.

³⁶⁷ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 114.

³⁶⁸ Esta opinión es expresada por MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 143

³⁶⁹ Esta opinión la exponen SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La franquicia...*, cit., pág. 528.

Ello sin perjuicio de que, como se ha indicado anteriormente, en el contrato de franquicia el canon de publicidad no genera en el franquiciador una obligación de gestionar estos ingresos a modo de depósito y, por tanto, los miembros de la red no poseen, al estilo del depositante, una facultad de control sobre el destino de los mismos³⁷⁰.

Ahora bien, el correcto y suficiente cumplimiento de las campañas publicitarias por parte del franquiciador es una obligación fundamental de éste. Así se pronuncia la interesante sentencia de la AP de Madrid de 30 de julio de 2008 en un supuesto en el que se hicieron desaparecer los anuncios publicitarios progresivamente de los medios de comunicación, considerando el Tribunal que *“que dicha obligación sí es esencial en este tipo de contratos, dada la incidencia que tiene en las ventas las campañas de promoción a nivel nacional”*.

³⁷⁰ En este sentido, se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, de 13 de marzo de 2006, en la que se concluyó que no había obligación del franquiciador de informar a los miembros de la red sobre el destino del canon de publicidad: “Otro de los motivos que conforman el recurso de apelación combate la desestimación de la imputación a Grupo Restmon SL de la utilización de los recursos del fondo de marketing (afectado a la publicidad de la marca) arbitrariamente y sin control de clase alguno. El fondo a que la apelante hace referencia no es otro que el conformado por el pago de los cánones por las franquiciadas. Sin embargo, como en el apartado anterior, no se ha probado que, contractualmente, exista una obligación de gestionar esos ingresos a modo de depósito que faculte al depositante para pretender ejercer un control sobre el destino de los mismos. Esa correlación no existe. Los franquiciados soportan el IVA como contraprestación a unos servicios. De ahí que no exista obligación determinada (salvo en uno solo de los contratos de 1997 –documento 18 de la demanda–) de dar información sobre el destino del canon. Existe en las actuaciones abundante prueba documental que adviera una razonable inversión en publicidad de la marca por parte de la demandada (documentos adjuntados a la contestación de la demanda especialmente relevantes al respecto 22, 23, 24, 25, 26, 35 y 36). Todo ello pone de manifiesto la ausencia de infracción contractual alguna imputable a Grupo Restmon SL en ese aspecto”.

En cuanto al análisis jurisprudencial, los tribunales son claros proclamando la procedencia de la resolución en los casos en los que el franquiciado ha dejado de abonar los royalties sin causa que justifique dicha actuación. Esta postura jurisprudencial tiene su base en la importancia otorgada a la obligación del franquiciado del pago de los derechos económicos asumidos.

Al respecto es clara la Sentencia nº 6057/2010, de 5 de noviembre, del Tribunal Supremo, la cual señala en su antecedente de hecho segundo, que recoge el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de 7 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia de Alicante, que «las principales obligaciones del franquiciado, en contraprestación al derecho a la explotación de un sistema propio del franquiciador de comercialización de productos o servicios, son las de abonar las prestaciones económicas comprometidas y el sometimiento a un cierto control en la prestación uniforme del objeto de la franquicia. En este sentido resulta fundamental el incumplimiento de las obligaciones de pago aludidas, y resulta proporcional acudir, por ella, a la vía de la resolución contractual».

Existe un número importante de sentencias que declaran la resolución del contrato de franquicia como consecuencia del impago por parte del franquiciado, y otras sentencias que analizan el incumplimiento en supuestos más específicos, como pueden ser el del incumplimiento recíproco o el incumplimiento previo del franquiciador.

Dentro del primero de los supuestos apuntados encontramos, entre otras, la sentencia nº 11/2010, de 7 de enero, de la Sección Novena de la

Audiencia Provincial de Valencia, que en su Fundamento de Derecho Quinto señala que «el impago por la franquiciada de las cuotas (canon) pactadas, incumplimiento grave y esencial de este contrato bilateral y sinalagmático que justifica la resolución del mismo por parte de la franquiciadora, tanto por estar así pactado como por mor del artículo 1124 del Código Civil». En la misma línea, la nº 138/2016, de 7 de abril, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que ante reclamación de incumplimientos por ambas partes declara probado únicamente el incumplimiento de impago del franquiciado en virtud de las facturas impagadas que se acompañan al procedimiento y, considerando el mismo como esencial por ser «una obligación inexcusable» de la parte franquiciada, declara resuelto el contrato de franquicia.

Otra de las sentencias que declara resuelto el contrato de franquicia por impago del franquiciado es la nº 504/2008, de 14 de noviembre, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que «la resolución del contrato de 20 de febrero de 2002 decidida por la franquiciadora cesionaria por incumplimiento de la franquiciada consistente en impago de los royalties pactados correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2001 encuentra cobertura legal en el artículo 1.124 del Código Civil y en el 1.091 del mismo cuerpo legal, en relación con las estipulaciones 16.c.2 y 8.1 del contrato de franquicia (resolución automática por falta de pago de dos meses de royalties mensuales), sin que existiese justa causa» y que «la resolución decidida por FoodService fue ajustada a derecho».

Del mismo modo, la Sentencia nº 331/2016, de 15 de julio, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid declara resuelto un contrato de franquicia debido a la falta de pago de los cánones mensuales, probado a través de un informe pericial donde se demostraba que las cantidades reclamadas se venían abonando con anterioridad y habían dejado de pagarse por decisión del franquiciado sin ningún tipo de acuerdo al respecto, finalizando su argumentación la Sentencia de la siguiente manera: «En conclusión, sin necesidad de otros razonamientos, habiendo reconocido los demandados adeudar las cantidades reclamadas procede confirmar la sentencia recurrida».

También se encuentra dentro de esta línea de sentencias la nº 164/2008, de 30 de abril, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante. Esta Sentencia resuelve varios incumplimientos producidos durante la vigencia del contrato por ambas partes, y con respecto al incumplimiento de impago de los royalties señala en su Fundamento de Derecho Séptimo que «es evidente el incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la franquiciada no pudiendo ésta excusarse en la existencia de simples descuadres en las liquidaciones que durante este proceso ni siquiera ha intentado indicar ni demostrar» y que el incumplimiento contractual de la obligación de pago afecta «a la esencia del contrato de franquicia y frustra las legítimas expectativas de la franquiciadora en el contrato, circunstancias suficientes para declarar la resolución de los contratos bilaterales según constante doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 1.124 del Código Civil».

Por último, queremos señalar dentro de este grupo de sentencias la Sentencia de 10 de mayo de 2000 de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual modera la cantidad a pagar en concepto de royalties de publicidad debidos. Con respecto a la obligación de pago del franquiciado resultan muy ilustrativas las líneas que incluye en su Fundamento de Derecho Primero al señalar que «aunque sea una obviedad, conviene recordar que los contratos son obligatorios [...] y que esa obligatoriedad es uno de los fundamentos del orden jurídico y de la convivencia social. Quienes se obligan a cumplir un contrato han de cumplirlo efectivamente, aunque les resulte gravoso económicamente y aunque las expectativas puestas por el obligado en la relación contractual entablada se frustren en todo o en parte. La obligatoriedad de los contratos no existe si, por lo que sea, son inválidos originariamente. Cesa si el contrato deviene ineficaz, por resolución, por incumplimiento de la otra parte o por otra causa. Por tanto, en principio, la señora Teresa está obligada a pagar las cantidades que menciona el contrato, salvo que se dé alguno de los supuestos a que acabamos de referirnos».

Esta Sentencia resume línea jurisprudencial que analizada. Como regla general, y si no existe causa que lo invalide, el cumplimiento de los contratos obliga al franquiciado al pago de los royalties contenidos en el contrato, por lo que, *a sensu contrario*, el impago de los mismos puede suponer la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación principal del mismo que frustra la finalidad perseguida por el franquiciador, siendo ésta la rentabilidad económica de su negocio.

La Sentencia nº 416/2010, de 17 de septiembre, de la Sección Vigésimoprimeras de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve una controversia en la que ambas partes, franquiciador y franquiciado, reclaman la resolución del contrato por incumplimientos recíprocos. Tras llegar a la solución de declarar el contrato resuelto por mutuo disenso la Sentencia realiza una reflexión sobre el impago de los cánones producidos. La franquiciada no pagó los royalties, argumentando que la franquiciadora no había cumplido con sus obligaciones, ante lo que la Sentencia argumenta que «el incumplimiento por parte de esta última entidad con alguna de las obligaciones que asumió no justifica desde luego el no pago del canon a que las mismas venían obligadas por la apertura de establecimientos bajo la marca Spejo's, que, ciertamente y tal y como se desprende de la prueba practicada, consta que fueron abiertos y se encuentran en plena explotación».

Por lo tanto, y según el criterio contenido en la jurisprudencia, no sería suficiente para dejar de pagar los royalties el incumplimiento por parte del franquiciador de sus obligaciones contractuales, mientras se siga manteniendo operativo el establecimiento franquiciado.

Aunque esta posición parece adecuada debemos indicar que, en nuestra opinión, para dejar de abonar el royalty habrá que denunciar primero el incumplimiento del franquiciador, y comunicar la resolución del contrato de franquicia, lo que llevaría de una manera directa, y por coherencia, al abandono de la red franquiciada. No parece lógico seguir explotando un establecimiento franquiciado en una red en la que no se está conforme con el comportamiento del franquiciador y, sin embargo, no abonar los royalties

que están obligados a pagar todos los franquiciados que se mantienen dentro de la misma.

No resuelve de la misma manera la Sentencia nº 117/2014, de 28 de marzo, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que, analizando otro supuesto de incumplimientos recíprocos, declara también probado el impago por parte de la franquiciada, pero, ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones del franquiciador, en su Fundamento Jurídico Sexto estima parcialmente la demanda y la reconvencción, declarando resuelto el contrato y compensando los perjuicios como consecuencia de los incumplimientos de ambas partes, rebajando simbólicamente la cantidad pendiente de pago. En esta segunda sentencia, a diferencia de la anterior, no se indica la necesidad de seguir abonando los royalties, aunque existan incumplimientos del franquiciador, sino que se tienen en cuenta los mismos a efectos de establecer la cantidad a pagar por dicho concepto, aunque sea de una manera mínima.

Hasta ahora se han analizado sentencias en las que, de un modo u otro, se declara probado el impago por parte del franquiciado de sus obligaciones de pago periódico. Si bien existe también abundante jurisprudencia donde no se procede a declarar la resolución del contrato de franquicia por el incumplimiento de esta obligación debido a distintas causas. En ocasiones el tribunal no considera acreditado el incumplimiento de la obligación, en otras entiende que el mismo no es suficiente para resolver el contrato de franquicia, y en otras considera que el impago viene justificado por un incumplimiento previo del franquiciador.

Así, la Sentencia nº 125/2004, de 30 de marzo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, considera que para que el franquiciador pueda reclamar los pagos mensuales debe acreditar primero el cumplimiento de sus obligaciones, al ser el pago una retribución de las mismas. Así, en su Fundamento de Derecho Segundo, la Sentencia señala que «al reclamarse en la demanda por la entidad demandante la cantidad correspondiente a las cuotas mensuales pactadas en el contrato de franquicia a cargo del demandado, como contraprestación de éste a las obligaciones asumidas en dicho contrato por aquella (cesión de la marca o nombre comercial, suministro de productos, información y asesoramiento), no cabe duda de que, conforme a las prescripciones legales antes mencionadas, correspondía a aquella la carga de acreditar el cumplimiento de tales obligaciones al constituir ello el hecho fundamentador de su pretensión de pago por el demandado de la correspondiente contraprestación».

En nuestra opinión, la prueba del incumplimiento de pago debería ser suficiente para reclamar la resolución del contrato, siempre y cuando no exista incumplimiento del franquiciador, no compartiendo el criterio de la Sentencia en que, acreditado el impago, además deba demostrarse el cumplimiento de las obligaciones propias.

La Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, aborda la posible resolución de un contrato de franquicia en el que se declaran incumplimientos por ambas partes. Uno de ellos es el impago de anuncios publicitarios que sustituirían al canon o royalty de publicidad, puesto que en este caso las campañas de

publicidad se sufragaban mediante aportaciones de los franquiciados tras la adopción de acuerdos obtenidos por mayoría de los mismos.

En estos términos, el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia entiende que el impago de dos anuncios publicitarios no puede considerarse como un impago sistemático, y que no es causa de resolución del contrato, porque la franquiciada no se negó al pago, sino que requirió una justificación previa de la realización del mismo. Añadiendo, además, que el importe del impago no es significativo, teniendo en cuenta que la franquiciada había pagado el canon inicial y los cánones periódicos adicionales, que venía abonando las facturas por publicidad, y que el impago se produce dentro de una relación contractual compleja. Por lo tanto, la sentencia no le concede al incumplimiento de la franquiciada la relevancia o entidad suficiente para considerar que pueda frustrar las expectativas depositadas por el franquiciador en el cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta como se venía desarrollando el mismo con anterioridad y el resto de elementos que conformaban la relación de franquicia.

La Sentencia nº 483/2012, de 23 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, resuelve un asunto donde el franquiciador reclamaba al franquiciado una indemnización por resolución anticipada del contrato y el pago de royalties pendientes. Tras la oportuna práctica de la prueba la Audiencia declara bien resuelto el contrato por parte del franquiciado y, con respecto al impago de royalties que se reclamaba establece en su Fundamento de Derecho Séptimo que dicha reclamación sólo podría admitirse en el caso «de que se hubiera acreditado

el incumplimiento por la actora de sus obligaciones contractuales y de las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Por tanto, admitido el incumplimiento por la actora de obligaciones esenciales para la vida del contrato, es claro que no puede exigírsele el pago del canon pactado, solo concebible en términos de normalidad y cumplimiento de las obligaciones».

A diferencia de lo señalado por otras sentencias citadas anteriormente, en este caso sí que se declara la no procedencia del pago de royalties como consecuencia del incumplimiento previo del franquiciador y, a diferencia de los casos anteriores, habiendo denunciado el franquiciado dichos incumplimientos con anterioridad al procedimiento judicial. Al establecerse el contenido de los pagos periódicos como contribución a las obligaciones del franquiciador, y no llevar a cabo éste las mismas, no debe proceder la retribución correspondiente por parte del franquiciado.

Por su parte, la Sentencia nº 21/2011, de 18 de enero, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, analiza un supuesto en el que se aborda la cuestión de los pagos periódicos desde dos momentos temporales distintos. En primer lugar, se señala la obligación de realizar los pagos por parte del franquiciado mientras se encontraba el negocio abierto al no considerarse la conducta del franquiciador como un incumplimiento grave y, en segundo lugar, se señala que no procede la reclamación de esos pagos una vez el negocio franquiciado estaba cerrado, aunque no se hubiese resuelto el contrato de una manera correcta.

Así, el Fundamento de Derecho Quinto recoge el siguiente pronunciamiento: «Que la conducta del franquiciador no pueda considerarse como un propio y grave incumplimiento contractual que exima al franquiciado del pago de las cantidades devengadas hasta junio de 2008 no significa que necesariamente haya de considerar que éste quede obligado al pago de conceptos que implican el desarrollo de la actividad franquiciada, que ha dejado de ejercer por haber resultado ruinoso el negocio ofertado en la franquicia» y tras continuar con dicho pronunciamiento termina expresando que «considera la Sala que no es acorde a las exigencias de la buena fe previstas en el art. 7 y 1258 del Código Civil impedir al franquiciado desligarse del contrato de franquicia y dejar de abonar cantidades correspondientes a conceptos (royalty de publicidad y comisión mínima) que supone el ejercicio de una actividad que ya no está ejerciendo por imposibilidad de hacerlo, ante la completa frustración de sus legítimas expectativas de negocio».

Existen también algunos casos donde los tribunales entienden que el pago correspondiente no es exigible en todo o en parte, como por ejemplo la Sentencias nº 80/2014 de la Audiencia Provincial de Burgos, la nº 128/2016 de la Audiencia Provincial de Guadalajara o la de 10 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En la primera de ellas se declara que no es exigible la obligación del canon de publicidad porque dicho pago tenía que ser aprobado por, al menos, el 51% de los franquiciados, y no se acreditó por parte del franquiciador la aprobación correspondiente mediante la aportación de ningún acta suscrita por los intervinientes.

En la segunda de las sentencias apuntadas se declara que existe una exención del pago de los cánones, puesto que los mismos debían abonarse por el franquiciado en el supuesto de que se superase una facturación determinada, entendiendo la Sala, tras la práctica de la prueba correspondiente, que dicha cifra no se había alcanzado y, como consecuencia, no existía la obligación de los referidos cánones.

En la tercera de las sentencias, la de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de mayo de 2000, se produce una moderación de la cantidad a pagar correspondiente al royalty de publicidad. La sala entiende que el franquiciador había cumplido su obligación en materia de publicidad de manera limitada ya que «dada la cantidad que se invirtió puede afirmarse que la actividad publicitaria de la sociedad mencionada fue insuficiente y que, por tanto, dicha entidad no cumplió adecuadamente su obligación de realizar la publicidad de ámbito nacional». Como consecuencia de este cumplimiento limitado la Sentencia acaba señalando que este hecho «ha de repercutir en una disminución de la cantidad a pagar por la señora Teresa por razón de este apartado 17.1.b) del contrato».

Los casos en los que los tribunales declaran la no procedencia del pago de los royalties o la moderación en la cuantía del mismo, suele ser debido más a cuestiones de falta de prueba de los hechos, que a un efectivo incumplimiento del franquiciador, debiendo persistir el criterio que venimos manteniendo en el sentido de que, como regla general, debe mantenerse la obligación del franquiciado con respecto a los pagos

periódicos, salvo incumplimiento previo del franquiciador y su oportuna denuncia.

IX. SOLUCIONES FRENTE EL INCUMPLIMIENTO: EL SISTEMA DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.

Como ya se ha indicado, cuando una de las partes incumple alguna de las condiciones establecidas en el contrato de franquicia puede quedar abierta la vía para que la parte cumplidora alegue la finalización de la relación solicitando la resolución del contrato por incumplimiento. El incumplimiento de una de las partes posibilita a la otra para ejecutar dicha resolución, dando por finalizada la relación contractual y pudiendo, además, exigir las correspondientes indemnizaciones. Lo que vamos a tratar de analizar en el presente apartado es la conveniencia de establecer en los contratos de franquicia el sistema de la segunda oportunidad antes de que se produzca dicha resolución, es decir, si debemos exigir a la parte cumplidora la concesión de un plazo para que la parte incumplidora subsane su incumplimiento³⁷¹.

Lógicamente, la primera premisa del sistema de segunda oportunidad es que el incumplimiento pueda subsanarse y que dicho incumplimiento no cause a la otra parte un perjuicio tal que haga inviable la continuación de la relación establecida. En la actualidad tal posibilidad no viene regulada de

³⁷¹ Hemos elegido este emplazamiento dentro del trabajo por entender que la posibilidad de otorgar un plazo de subsanación ante un incumplimiento se producirá siempre tras ese incumplimiento, por lo que creemos que se entenderá mejor lo expuesto a continuación tras haber procedido al estudio de las causas de resolución abordadas a lo largo del presente capítulo.

forma obligatoria en ningún texto normativo, sino como una opción a ejercitar por el cumplidor. Así, el artículo 1.124 del Código Civil, establece que «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación*».

Sí que venía recogida dicha posibilidad en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, donde en su artículo 24 se establecía la posibilidad de dar por finalizado el contrato en cualquier momento cuando una de las partes hubiera incumplido de manera grave o reiterada sus obligaciones, y el incumplimiento no fuera subsanado en el plazo establecido. Además, se fijaba como plazo para la subsanación del incumplimiento, si las partes no lo habían establecido, el de 30 días.

Esa misma tendencia es la que podemos encontrar a nivel europeo e internacional. Tanto los principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales del año 2004, principio 7.1.5, como los principios LANDO de derecho europeo de los contratos, principio 8:106, establecen que el perjudicado puede conceder un plazo para que el incumplidor subsane su incumplimiento antes de proceder a la resolución del contrato.

También la Federación Europea de Franquiciadores, en el artículo 2.4.ii. de su Código Ético³⁷², establece como una obligación de ambas partes

³⁷² En la anterior redacción del Código Ético de la European Franchise Federation, la parte 3 establecía en su artículo 2.4: «*The Franchisor shall give written notice to its Individual Franchisees of any contractual breach and, where appropriate, grant reasonable time to remedy default*». www.ef-franchise.com/Data/CodeofEthics.pdf La Federación Europea ha ampliado en su redacción actual, con vigencia desde el 2017, para ambas partes la obligación de notificar y dar plazo al incumplidor con base en el principio de

durante la vigencia del contrato la concesión de un plazo razonable para que la parte que haya incumplido el contrato subsane el incumplimiento, si bien añade que dicha obligación se deberá llevar a cabo cuando sea adecuado.

En la doctrina científica³⁷³ se indica la conveniencia de aplicar este sistema de segunda oportunidad teniendo en cuenta que, en el entorno de las redes de franquicia, nos encontramos ante una relación comercial compleja en la que cobran una mayor importancia los principios de buena fe y colaboración entre las partes y que, además, debe de estar dominada por el interés común. Criterio que compartimos íntegramente.

En efecto, una legislación moderna en materia contractual no puede desconocer la realidad y particularidades de las redes de empresariales, muy bien explicadas y analizadas por la doctrina científica³⁷⁴, y en

buena fe. Así, el artículo 2.4.ii. establece: «*The Parties shall exercise good faith and fairness in their dealings with each other. The Parties shall give written notice of any contractual breach and, unless inappropriate, grant reasonable time to the other party to remedy default*». www.ef-franchise.com/Data/CodeofEthics2.pdf No obstante, la traducción ofrecida por la Asociación Española de Franquiciadores en su página web mantiene la obligación sólo para el franquiciador, entendemos que debido a un error en la traducción y tal y como aparece a 11 de septiembre de 2017 en www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/08/Código-Deontológico-Europeo-de-la-Franquicia-Edición-Oficial-pdf

³⁷³ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, pág. 43 y HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 313.

³⁷⁴ Resulta obligada la consulta de RUIZ PERIS, J.I., “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español de 2001”, *La reforma contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013; e ídem. “Un derecho específico para las redes empresariales”, en *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo blanch, 2012.

particular las redes de distribución y franquicia. El artículo 1.124 Cc es un precepto configurado para contratos de cambio, no para relaciones complejas como las que se generan en las redes de franquicia. Y por ello un sistema de segunda oportunidad marida perfectamente con las particularidades de este tipo de redes.

X. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN CASO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.

En el supuesto de que se proceda a la declaración de concurso de cualquiera de las partes no nos encontramos ante un incumplimiento del contrato, como sucedía en las anteriores causas de resolución, sino ante un supuesto que acontece durante la ejecución del contrato y que, en la mayoría de los contratos, viene establecido como causa de resolución del mismo, de ahí la necesidad de su análisis.

Nuestra intención es realizar un acercamiento a la presente causa de resolución del contrato de franquicia estudiando la posibilidad de que la misma sea establecida en el contrato, así como las posibilidades de la resolución del contrato durante el concurso por un incumplimiento acontecido en el transcurso del mismo o con anterioridad a su declaración. Es decir, si la propia declaración del concurso puede ser causa de resolución del contrato, y si el contrato se puede resolver por un incumplimiento una vez declarado el concurso. Por último, analizaremos la jurisprudencia dictada por los tribunales españoles en los supuestos en los que alguna de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores.

Al realizar las referencias a la declaración de concurso en el presente apartado incluiremos todos los supuestos que engloba el texto de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, aunque en ocasiones podamos referirnos a las situaciones anteriores de quiebra o insolvencia, como consecuencia de la fecha de las sentencias estudiadas o de los manuales utilizados, las cuales equipararemos con el fin de no adentrarnos en diferenciaciones que entendemos no son objeto del presente estudio³⁷⁵.

No es objeto del presente trabajo tampoco realizar un examen exhaustivo del procedimiento concursal ni de sus características, por lo que nos limitaremos a acercarnos a la materia desde la perspectiva de la posible resolución del contrato de franquicia tras la declaración del concurso.

1. DECLARACIÓN DEL CONCURSO DEL FRANQUICIADOR O DEL FRANQUICIADO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN.

La presente causa de resolución se analiza de forma conjunta tanto si se produce en la figura del franquiciador como en la del franquiciado. Debemos de partir en nuestro análisis de la caracterización que le otorgamos en el primer capítulo al concepto de contrato de franquicia como una relación con obligaciones recíprocas. Desde este punto de vista

³⁷⁵ Tal y como señala SOLER PASCUAL, L.A., «Quiebra», *Enciclopedia Jurídica* (coord. general ARNALDO ALCUBILLA), La Ley, Tomo 18, pág. 10434, la quiebra «constituía un procedimiento universal de ejecución del comerciante que estaba en situación de desbalance, es decir, cuyo pasivo o deudas eran mayores que su activo o patrimonio. Este procedimiento, al igual que la suspensión de pagos –previsto para los comerciantes con iliquidez –, la quita y espera y el concurso de acreedores –procedimientos previstos para los no comerciantes– ha sido derogado por la Ley Concursal que ha venido a unificar todos los procedimientos universales de ejecución con independencia de la naturaleza, comerciante o no, del deudor».

tenemos que analizar la posibilidad de resolución del contrato en sede concursal, puesto que la misma difiere de otros supuestos en los que nos encontramos con la existencia de obligaciones para una de las partes, pero sin la existencia de una obligación, por no existir o por no estar ya pendiente de cumplimiento para la otra.

En la mayoría de los contratos de franquicia escritos se incluye una cláusula en la que se manifiesta que el contrato de franquicia puede resolverse como consecuencia de la declaración de concurso del franquiciado, y en no pocas ocasiones también del franquiciador. Lo que requiere del estudio de su validez en atención a la regulación prevista en la Ley Concursal 22/2003.

La Ley Concursal regula en sus artículos 61, 62 y 63 los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, y la posibilidad de resolver los mismos como consecuencia de un incumplimiento producido antes o durante la tramitación del concurso, pero denunciado una vez declarado éste.

El artículo 61.2 de la Ley Concursal establece lo siguiente: «*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte*». De acuerdo con lo establecido en este artículo el hecho de que una de las partes sea declarada en concurso no supone *per se* la resolución del contrato, pero esta cláusula tampoco prohíbe que las partes establezcan dicha resolución como consecuencia de la declaración.

Por su parte, el artículo 61.3 señala que *«se tendrán por no puestas 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 partes»*. La dicción de este artículo parece dejar clara la postura del legislador, y la imposibilidad de admitir la resolución del contrato de franquicia como consecuencia de la declaración en concurso de una de las partes. Al tenerse por no puestas las cláusulas que permitan la resolución del contrato por la mera declaración del concurso, la invocación de dicha cláusula ante los tribunales no debe admitirse y, por lo tanto, no se aceptará la resolución del contrato de franquicia basada en este supuesto.

No obstante, la inclusión del segundo apartado del artículo 63 puede plantearnos algunas dudas sobre lo dicho hasta ahora. Dicho artículo establece lo siguiente: *«1. Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a Ley. 2. Tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidaciones administrativas de alguna de las partes»*.

La posibilidad de resolución del contrato de franquicia por encontrarse una de las partes en situación de concurso no se encuentra establecida en ninguna norma vigente en la actualidad, y tampoco queda demasiado claro que haya sido la intención del legislador regular esta cuestión, puesto que en las últimas propuestas normativas dirigidas a intentar regular el sector, sólo existe una mención al tema que nos ocupa en la Propuesta de

Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, y con posterioridad desaparece de las distintas iniciativas, volviendo a aparecer en la Propuesta de Código Mercantil del año 2013 que, como ya se ha dicho, se inspira claramente en la propuesta de 2006³⁷⁶.

Con todo, se trata de una cuestión que no es pacífica en nuestra doctrina, puesto que algunos autores entienden que, pese a que no existe una ley que permite la aplicación de la cláusula de resolución del contrato de franquicia por pacto de las partes, dicha aplicación sería posible como consecuencia de la aplicación analógica del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia, que establece que: «1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:... b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso».

El precepto, por tanto, posibilita la aplicación del artículo 63.2 de la Ley Concursal al contrato de agencia, pudiéndose resolver el contrato que incorpore una cláusula de resolución con la previsión correspondiente, pese a que no haya incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones.

³⁷⁶ En el artículo 23 de la citada Propuesta del año 2006, bajo el epígrafe de “otros supuestos de extinción” se incluye dentro del apartado primero la posibilidad de que las partes pacten en el contrato la resolución del mismo como consecuencia de la declaración de concurso. El apartado 1 del artículo 23 señala literalmente: «En caso de concurso de acreedores se estará a lo pactado por las partes». Por su parte, la Propuesta de Código Mercantil del 2013 en su artículo 543-21, el cual, bajo el mismo epígrafe de “otros supuestos de extinción” da la posibilidad a las partes de pactar como causa de resolución del contrato la declaración en concurso de una de ellas. El apartado 1 del artículo 543-21 recoge el siguiente enunciado: «1. Cada una de las partes de un contrato de distribución pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso de acreedores y así se hubiera pactado en el contrato».

La doctrina entienden que sería aplicable el artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia y, por lo tanto, el artículo 63.2 de la Ley Concursal al contrato de franquicia debido a que ambos son contratos en los que son fundamentales las circunstancias personales de los contratantes y la confianza que debe existir y mantenerse entre las partes³⁷⁷.

A nuestro juicio, pese a compartir que existen claras identidades entre el contrato de agencia y el de franquicia, no puede aplicarse de forma analógica el artículo 26.1.b) a la relación de franquicia, puesto que ambas relaciones contractuales mantienen suficientes diferencias como para realizar dicha aplicación.

También se ha apuntado como razón de ser para la posible aplicación analógica del artículo 26.1.b) al contrato de franquicia la caracterización del

³⁷⁷ Al respecto debemos citar a MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs. 507-509, donde el autor mantiene que el fundamento del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia «radica en la confianza que conforma el sinalagma genético y funcional propio del contrato» y que este motivo es el que, «con fundamento en la concurrencia de identidad de razón, son predicables en todo contrato de red, en el que la confianza recíproca actúa como un elemento que impregna en todo momento la relación contractual». Con esta base mantiene la aplicación analógica del citado artículo a los contratos de franquicia. También es de esta opinión MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 295, al afirmar que «las razones que justifican el reconocimiento de la facultad de la parte *in bonis* para desligarse del contrato de agencia son predicables de todo contrato de distribución». Si bien es cierto que el autor extiende la aplicación del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de concesión mercantil, entendemos que dicha extensión se puede ampliar al contrato de franquicia al hacerlo él a todos los contratos de distribución. Este autor vuelve a mostrarse a favor de aplicar el artículo 26 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, entre los que incluye los de franquicia de distribución, en MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Concurso de acreedores y contratos de distribución», *Jurisprudencia y concurso* (dir. GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, 2017, págs. 1081-1085, al señalar que «la viabilidad de la actividad empresarial del principal puede quedar seriamente lastrada atendida la incidencia que el desistimiento de los distribuidores *in bonis* puede tener en relación al acceso a la clientela».

mismo como *intuitu instrumenti* o la afectación que la declaración del concurso causa sobre la reputación de la imagen³⁷⁸.

En el primero de los supuestos se entiende que, al poner el acento en los resultados económicos más que en las características personales de los contratantes, la simple declaración de concurso supone una falta de seguridad acerca de que el contrato se vaya a cumplir, surgiendo una desconfianza en que el negocio vaya a desarrollarse de forma normal, lo que frustra las expectativas depositadas en el cumplimiento del contrato.

Si el motivo es que la declaración de concurso daña la imagen de la red o la reputación de la marca, en nuestra opinión nos encontraríamos ante una causa distinta de resolución. No podemos compartir que la mera declaración de concurso dañe *per se* la marca o reputación de uno de los contratantes.

La estructura mercantil de una franquicia en cuanto a alquiler de un local, contratación de personal, compra de mercancías, etc., difiere bastante de la estructura del agente. Por ello, permitir que el franquiciador pueda resolver el contrato por la mera declaración del franquiciado en concurso provocaría que nos encontrásemos ante situaciones en las que, precisamente el mantenimiento del contrato, podría ser la causa de que el franquiciado pudiese, siguiendo con su actividad, solventar su situación de

³⁷⁸ Este punto de vista es aportado por LARA GONZÁLEZ, R., «La facultad de resolución por causa concursal en los contratos de distribución: propuesta de Código Mercantil», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Universitat de Valencia, 2017, págs. 254-255.

insolvencia. Esta es una de las causas que persigue la Ley Concursal y que, posiblemente, se halle en el establecimiento de la prohibición del artículo 61.3 de las cláusulas de resolución predispuestas. Si la declaración de concurso del franquiciador posibilitará la posibilidad de resolución de los contratos de franquicia a los franquiciados en la inmensa mayoría de los casos sería completamente imposible su viabilidad económica. Y exactamente lo mismo ocurriría con la mayoría de franquiciados. Si el franquiciador pudiera resolver el contrato por la mera declaración de concurso en la mayoría de ocasiones se abocaría a éste directamente a la liquidación.

Además, una interpretación conjunta de los artículos 61.3 y 63.2 de la Ley Concursal, donde se establece la no validez de las cláusulas que establezcan la resolución del contrato en los casos de declaración de concurso con la excepción de los supuestos donde legalmente se establezca dicha posibilidad de forma expresa, nos conduce a una utilización restrictiva de la aplicación analógica del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de franquicia³⁷⁹.

³⁷⁹ En contra de esta aplicación analógica se muestran también algunos autores como GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, 2017, págs., 224-226 y 230-231, al entender que en las situaciones de mera intervención no se quiebra el carácter *intuitu* del contrato, porque el concursado mantiene sus facultades de administración y disposición y en las situaciones de suspensión no nos encontramos ante una inhabilitación, que sería la situación que podría reconducirse a una auténtica imposibilidad, por lo que «la limitación de las facultades patrimoniales del distribuidor concursado no constituye causa justificadora de la extinción del contrato de distribución, aunque se haya celebrado en consideración a las condiciones personales del deudor». Acaba el autor señalando que «la aplicación analógica de las normas precisa no sólo de la semejanza entre supuestos (la identidad funcional entre contrato de agencia y contratos de distribución) sino también de la identidad de razón», la cual no resulta clara a juicio del mismo, no encontrándose el distribuidor en la misma situación de dependencia que el agente.

Por ello mantenemos nuestra opinión de que las cláusulas que prevén la resolución del contrato de franquicia por la mera declaración de concurso de una de las partes deben tenerse por no puestas y, por lo tanto, la declaración de concurso del franquiciador o del franquiciado no es causa, por si sola, para resolver el contrato de franquicia³⁸⁰; lo cual no es óbice para que, ante un incumplimiento, la parte cumplidora pueda solicitar la resolución del contrato, aunque exista un procedimiento concursal iniciado.

Además, como acertadamente puso de manifiesto la doctrina, el reconocimiento de una facultad de resolución contractual por el mero hecho de la declaración de concurso podría derivar en conductas

Muestran también su oposición a la aplicación analógica del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia GÓMEZ TRINIDAD, S., y MORALES BARCELÓ, J., «La indemnización por clientela en la concesión mercantil y el concurso del proveedor», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Universitat de Valencia, 2017, págs. 302-303, donde señalan que «a los contratos de distribución se les debe aplicar el régimen previsto en la LC sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos por dos razones. La primera es que no hay previsión normativa que permita una ampliación del supuesto contemplado en la LCA al contrato de distribución. Y en segundo lugar, la continuidad de la vigencia del contrato, a pesar de la situación concursal, es un valor para el concursado, puesto que puede ser un elemento clave que le permita continuar en el tráfico económico».

³⁸⁰ Es de la misma opinión RUIZ PERIS cuando hace referencia a la relación establecida entre franquiciador y franquiciado como empresas económicamente vinculadas y señala que los contratos de franquicia no quedan afectados por la mera declaración de concurso de acuerdo con el artículo 61.2 de la Ley Concursal y que el apartado 3 del mismo artículo «priva de eficacia a las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes que se tienen por no puestas». Como ya apuntamos el autor también entiende que la continuidad de la relación de franquicia favorece el interés de los acreedores del concursado al depender el valor de la empresa en la continuación de la red. Véase en RUIZ PERIS, J.I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* (Tomo II), Marcial Pons, 2005, págs. 2298-2299.

oportunistas en detrimento de los intereses de la red y de sus integrantes³⁸¹.

2. POSIBILIDAD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO O CONTINUACIÓN DE LA RELACIÓN TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.

En el presente apartado analizamos la posibilidad de que franquiciador o franquiciado soliciten la resolución del contrato de franquicia con motivo de un incumplimiento una vez la parte incumplidora se encuentra en situación de concursado. Profundizando en las posibilidades que se plantean con la necesaria aplicación de la Ley Concursal, y las diferencias con respecto a la resolución por incumplimiento fuera de sede concursal.

Dos aspectos, principalmente, son sobre los que se incidirá. En primer lugar, el hecho de que la declaración de concurso, por sí misma, no afecta el cumplimiento de los contratos de franquicia pero, del mismo modo, tampoco afecta la posibilidad de solicitar la resolución de los mismos en los supuestos de que exista incumplimiento por alguna de las partes. Y, en segundo lugar, la posibilidad de que, en el supuesto de que se entienda que el cumplimiento o la resolución del contrato sean en interés del concurso, se pueda decretar uno u otro, independientemente del cumplimiento o incumplimiento de la parte.

³⁸¹ Pese a la postura a favor de la aplicación analógica del artículo 26 de la Ley del Contrato de Agencia, autores como MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Concurso de acreedores y contratos de distribución», *Jurisprudencia...*, cit., pág. 1082, entienden que estas conductas oportunistas podrían llevarse a cabo y que sería conveniente el establecimiento de controles externos sobre la libérrima facultad de resolución.

Como se ha indicado el artículo 61.2 de la Ley Concursal expresa que «*la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte*».

Estableciendo el contrato de franquicia prestaciones recíprocas de cumplimiento continuo nos encontraremos que, en el momento de la declaración de concurso del franquiciador o del franquiciado, ambas partes tendrán obligaciones pendientes de cumplimiento, como por ejemplo el pago de cánones o la prestación de asistencia. Por lo tanto, será de aplicación al contrato de franquicia lo establecido en el artículo 61.2 de la Ley Concursal y, en consecuencia, la declaración de concurso no afectará a la vigencia del contrato, siguiendo obligadas las partes a cumplir sus obligaciones conforme al régimen general de los contratos.

Entendiendo, no obstante, que la Ley Concursal trata de garantizar la preservación del interés general del concurso, bien limitando las posibilidades de actuación del contratante *in bonis* (singularmente, en cuanto a la posibilidad de resolver por incumplimiento del concursado), bien dotando a los órganos del concurso de ciertas facultades exorbitantes respecto al régimen general (posibilidad de resolución en interés del concurso; y posibilidad de enervar la resolución por incumplimiento instada por la parte *in bonis*)³⁸².

³⁸² Así, DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, pág. 356.

Con todo, el párrafo del citado precepto incorpora una excepción a la vigencia del contrato al señalar que *«la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso»*. Es decir, que, aunque no exista incumplimiento por ninguna de las partes, una vez declarado el concurso, el concursado, sea éste el franquiciador o el franquiciado, puede solicitar la resolución del contrato de franquicia siempre que se entienda que existe un interés para la viabilidad del concursado. En el supuesto de que no exista acuerdo sobre la resolución solicitada será el juez el que decida mediante el trámite del incidente concursal tras analizar si la resolución es conveniente para el concurso o no³⁸³.

La declaración de concurso tampoco impide solicitar la resolución en el caso de que se produzca un incumplimiento de alguna de las partes una vez iniciado el procedimiento. En este sentido el artículo 62.1 de la Ley Concursal indica que *«la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso»*.

³⁸³ Aunque lo habitual será que el juez acuerde el cumplimiento forzoso del contrato tras la solicitud de la parte o de la administración concursal, podría acordarlo de oficio si entendiéndose que es lo más beneficioso para el concurso. En este sentido CORRAL LOSADA, M^a.E., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Fe d'erratas, 2013, pág. 58.

Por lo tanto, el contrato de franquicia al contener obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento³⁸⁴, y ser de tracto sucesivo, podrá ser resuelto cuando se produzca un incumplimiento, sea éste anterior o posterior a la declaración de concurso³⁸⁵.

Al igual que ocurre con la posibilidad que asiste al juez de declarar la resolución del contrato en los supuestos de que no exista un incumplimiento, en los supuestos en los que dicho incumplimiento sí que existe y, además, es causa de resolución del contrato, el juez puede declarar el cumplimiento del mismo si entiende que dicho cumplimiento es en interés del concurso, tal y como establece el artículo 62.3 de la Ley Concursal.

Por lo tanto, la Ley Concursal nos presenta la posibilidad de mantener el contrato cuando no existe incumplimiento y la de resolverlo cuando se produce un incumplimiento, sea éste anterior o posterior a la declaración del concurso, y fija como excepciones a esta regla general la de solicitar del

³⁸⁴ A los efectos que estamos estudiando, y tal y como señala GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso y contratos», *Jurisprudencia y concurso* (dir.GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, 2017, págs. 770-777, debemos de entender que existirán obligaciones recíprocas cuando nos encontremos ante obligaciones con causa en un mismo negocio, de las que nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes y siempre que exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad determinante de que cada una esté prevista y funcione como contravalor de la otra. Además, ambas prestaciones deberán tener la condición de principales aunque no exista equivalencia entre ellas.

³⁸⁵ En estos términos también se expresa RUIZ PERIS, J.I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios...*, cit., pág. 2299, donde añade que «la acción resolutoria se ejercerá ante el Juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal» quedando extinguidas las obligaciones pendientes de cumplimiento desde que se acuerde la resolución del contrato.

juez, mediante un incidente concursal, la declaración de los efectos contrarios si los mismos se pueden acordar en interés del concurso.

La resolución sin incumplimiento y el mantenimiento del contrato pese al incumplimiento, se establecen como mecanismos excepcionales inspirados en los mismos principios y que requieren la presencia del interés del concurso y la necesidad de compensar el sacrificio que padece la posición del contratante *in bonis*, ya que en un caso, se frustra su expectativa sobre la vigencia del contrato, y en otro, se le impone la vigencia de un contrato que podría resolver con éxito³⁸⁶.

Como ha señalado la doctrina, el interés del concurso, según se deduce de varios preceptos de la Ley Concursal, debe ser identificado, en último término, con la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor satisfacción de los acreedores concurrentes³⁸⁷.

El concepto de interés del concurso, aunque pueda ser jurídicamente indeterminado, se refiere a la protección de la masa, tanto la activa como la pasiva, en tanto que la integridad y contenido patrimonial de la primera se proyecta sobre la mayor posibilidad de cobro de los integrantes de la masa

³⁸⁶GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso y contratos», *Jurisprudencia...*, cit., pág. 797.

³⁸⁷DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», *Estudios sobre incumplimiento...*, cit., pág. 362.

También se expresa de este modo la jurisprudencia en sentencias como la de 28 de marzo de 2012 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona al señalar que el interés del concurso «es la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con el cumplimiento del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con la resolución».

pasiva, por lo que el interés de los acreedores no es otro que el de la satisfacción de sus créditos en su integridad o, al menos, en su mayor proporción.

Por ello la mayor satisfacción de los acreedores o lo que es lo mismo, el interés del concurso, se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial del máximo pago a los acreedores³⁸⁸.

A nuestro juicio, como la decisión sobre la resolución o el mantenimiento del contrato debe adoptarse en sede judicial dejará de tener validez la resolución extrajudicial que, como pudimos analizar, es plenamente válida cuando no nos encontramos en situación de concurso.

No obstante, se ha mantenido la tesis contraria entendiendo que, pese a la declaración de concurso es posible y tendría validez la resolución extrajudicial, puesto que si el juez no mantiene la validez del contrato está

³⁸⁸ En este sentido se manifiesta CORRAL LOSADA, M^a.E., *Efectos...*, cit., pág. 52. Aunque en términos semejantes, para algún autor como BLASCO GASCÓ, el interés del concurso sería más un concepto económico que jurídico, al suponer la concurrencia del principio de continuación y conservación de la empresa. Para este autor, «es interés del concurso lo que permite la continuación de la empresa en orden al pago de los acreedores; lo que incrementa la masa activa; lo que disminuye o impide que aumente la masa pasiva; en definitiva, la tendencia a optimizar el valor del patrimonio concursal, lo cual se conseguirá muchas veces a través de la conservación de la empresa». BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 41-43.

confirmando la resolución previa, la cual habrá producido sus efectos desde el momento en que se comunicó por la parte cumplidora³⁸⁹.

Con respecto a la posibilidad de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso en los supuestos en los que es la empresa franquiciadora la concursada, podemos encontrar alguna opinión contraria a la aplicación de la norma al considerar que la insolvencia de la empresa principal, en la relación de franquicia, debe permitir a los franquiciados desligarse de sus compromisos futuros debido a que entiende que el franquiciador debe de ceder un negocio sólido y rentable que no dependa sólo de los cobros de royalties³⁹⁰.

Esta opinión no puede compartirse por cuanto no tiene en cuenta que la situación de concurso puede deberse, precisamente, al impago de esos royalties, provocando una grave falta de liquidez en un negocio que puede ser totalmente viable. Además, tampoco tienen en cuenta la diferencia que existe entre el establecimiento que puede explotar el franquiciador, que puede ser totalmente exitoso y rentable, y el negocio del franquiciador como tal, es decir, como empresa franquiciadora, que no viene formado

³⁸⁹ Manifiesta en su manual esta opinión CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., pág. 1143. En términos similares GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso y contratos», *Jurisprudencia...*, cit., pág. 801, que identifica el interés del concurso con el mayor grado de satisfacción de los acreedores.

³⁹⁰ Esta opinión la exponen ZAPATA VILA, E., y ÁLVAREZ-SALA SANJUÁN, S., «Desajustes latentes entre el modelo de negocio de la franquicia y el modelo jurídico de franquicia. Condiciones generales de contratación en la franquicia», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015, pág. 682, donde expresan que «si el buque insignia de la red de franquicias o el modelo de negocio exportado ha fracasado no debiera ser posible exigir mayores cumplimientos a los miembros de la red que no deseen continuar con esta situación. Sólo a aquellas franquiciadas que estén dispuestas a seguir voluntariamente explotando una enseña quebrada debería poder exigírseles los cánones correspondientes».

exclusivamente por las distintas unidades operativas que el mismo pueda tener, en el supuesto de que las tenga.

Por lo tanto, entendemos que pueden existir supuestos en los que, efectivamente, el interés del concurso permita mantener vigentes los contratos de franquicia con el fin de recuperar la empresa concursada. Ello por cuanto entendemos, como ha señalado la doctrina, que el concurso pretende como primera finalidad satisfacer los créditos de los acreedores, pero para ello propugna como solución preferente, siempre que sea más ventajosa, que suele serlo, la continuidad de la actividad empresarial de la entidad concursada, lo que supone un mecanismo de protección para las franquicias, sobre todo, para las que dependen de los suministros de la matriz³⁹¹.

Esta afirmación cobra mayor sentido si cabe si concebimos la relación de franquicia como una relación entre empresas económicamente vinculadas, en la que la nota que caracteriza la vinculación es, precisamente, la dependencia del éxito de la actividad empresarial desarrollada por el franquiciado de la actividad no interrumpida del franquiciador, el cual

³⁹¹ DUTILH, J.M., «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015, pág. 1014. En términos equivalentes se manifiesta GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso y contratos», *Jurisprudencia...*, cit., pág. 777, al manifestar que «lo que define el régimen concursal es la obtención de una ventaja correspectiva que justifica la vigencia del contrato y el sacrificio que corresponde al concurso de hacerle frente contra la masa».

actualiza el modelo de empresa y el conjunto de conocimientos que se transfieren³⁹².

Ante el mantenimiento del contrato tras la declaración de concurso, la parte no concursada, si prevé que la concursada no va a cumplir con sus obligaciones, puede acudir a la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus* con el fin de no cumplir sus propias obligaciones en tanto no se realice la obligación o el pago correspondiente por parte de la concursada³⁹³.

No obstante, esta actitud deberá estar acreditada, y no aprovechar la declaración de concurso con el fin de no cumplir con las obligaciones correspondientes, puesto que la obstaculización de forma reiterada por la parte no concursada del cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso puede suponer el cambio de la calificación del crédito, que le correspondería con cargo a la masa a un crédito subordinado en virtud del artículo 92.7º de la Ley Concursal.

Como hemos podido ver existe la posibilidad de que las partes soliciten la resolución del contrato de franquicia una vez declarado el concurso. En este caso encontramos con características propias derivadas de la situación concursal de una de las partes, que hacen depender la efectiva resolución, en última instancia, de la decisión judicial. Pudiendo encontrar supuestos en

³⁹² En este sentido y para ampliar el concepto de empresas económicamente vinculadas, véase RUIZ PERIS, J.I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios...*, cit., págs. 2291-2294.

³⁹³ En este sentido DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», *Estudios sobre incumplimiento...*, cit., pág. 360.

los que existiendo un incumplimiento se mantenga la validez del contrato, y otros en los que, no existiendo incumplimiento alguno, se decida la resolución del mismo, todo ello dictado en interés del concurso.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

En el presente apartado vamos a analizar la jurisprudencia dictada en procedimientos en los que se ha decidido sobre contratos de franquicia cuando alguna de las partes estaba en situación de concurso.

La Sentencia nº 228/2011, de 16 de mayo, de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Fundamento de Derecho Segundo, analiza la validez o la nulidad de la cláusula del contrato que legitima al franquiciador para resolver el mismo en caso de declaración de insolvencia o quiebra del franquiciado. Dicha cláusula, en virtud del artículo 61.3 de la Ley Concursal, se debería de tener por no puesta. La Audiencia en este caso, haciendo una referencia a que la cláusula es frecuente en la práctica y está tipificada por el legislador en el artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia, entiende que la misma no entraña nulidad radical, argumentando la validez de la misma con el siguiente fundamento: «No se trata de legitimar el fin anticipado del negocio jurídico por la mera voluntad de una de las partes –en cuyo caso sí estaríamos ante una situación contraria al orden público-, sino de prever como causa resolutoria dos situaciones perfectamente razonables para garantizar la buena marcha e

imagen de la red: cumplimiento de los compromisos obligacionales y laborales de las empresas que la componen».

Como podemos observar la Sentencia aplica de forma analógica la posibilidad de resolución contenida en la Ley del Contrato de Agencia, pero no lo hace con base a la caracterización del contrato como *intuitu personae*, como sostenía la doctrina científica, sino que lo hace con base a garantizar el buen funcionamiento de la red y la imagen de la misma.

En nuestra opinión, además de reiterar la no posibilidad de aplicación del artículo 26.1.b) al contrato de franquicia, la Sentencia debería haber declarado por no puesta la cláusula analizada, máxime cuando la justificación que acompaña es la del buen funcionamiento de la red y el posible daño a la imagen. Entendemos que, para que la situación en concurso de una de las partes perjudique al funcionamiento o a la imagen de la red, dichos extremos deberán acreditarse, no pudiendo presuponerse la relación directa del daño a la imagen o del mal funcionamiento con la declaración en sí, aunque la misma, llegado el momento, pudiese perjudicar dicha imagen.

En esa línea se sitúa la Sentencia nº 282/2012, de 8 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual sí que argumenta la relación que tiene la declaración de concurso con un daño efectivo en la imagen de la red. No sirve la mera declaración del concurso para decretar la resolución, sino que debe acreditarse el daño real sufrido por la situación concursal. Así, en su Fundamento de Derecho Quinto, la Sentencia expone que al celebrar el contrato se consideró un motivo

fundamental el prestigio y notoriedad de la marca, por lo que la pérdida de ese prestigio frustró el fin del contrato perseguido por el franquiciado³⁹⁴.

La Sentencia, además, entiende que existiendo una cláusula que permite al franquiciador resolver el contrato cuando el franquiciado contraiga deudas, que afecten a la imagen de solvencia y seriedad de la marca, parece razonable que cuando tal circunstancia pueda predicarse del franquiciador, también tendrá derecho el franquiciado de proceder a la oportuna resolución, puesto que el franquiciado ha perdido en ese caso el interés en mantener frente a la clientela una imagen desprestigiada.

Es de nuevo el recurso al daño a la imagen de la marca el que acoge el juez para declarar resuelto el contrato de franquicia en el supuesto de que una de las partes se encuentre incurso en un procedimiento concursal. Ello sin acudir a la aplicación analógica del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia, sino porque como hemos venido sosteniendo el daño a la imagen supone la frustración del fin perseguido por el franquiciado.

La Sentencia nº 285/2012, de 26 de julio, de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, resuelve un recurso interpuesto contra sentencia de un juzgado de lo mercantil que resolvió un incidente concursal donde se solicitaba la resolución de un contrato de franquicia. En

³⁹⁴ La Sentencia lo argumenta del siguiente modo: «Es obvio que el cierre de la red propia de oficinas, la presentación de un ERE con el consiguiente despido de trabajadores y la situación de concurso de la actora principal, determinaron la pérdida de prestigio de la marca DON PISO al transmitir al mercado una imagen de deterioro de la misma, que, necesariamente, tuvo que afectar negativamente a los franquiciados, como confirmó la prueba testifical evacuada en autos».

este caso se acuerda la resolución por incumplimiento de ambas partes, y se determina que los incumplimientos eran anteriores a la declaración de concurso, lo cual tiene efectos para la calificación de los posibles créditos resultantes, pero no impide la resolución al tratarse el contrato de franquicia de un contrato con obligaciones recíprocas y de tracto sucesivo, tal y como se establece en el artículo 62 de la Ley Concursal.

Es interesante la fundamentación contenida en la Sentencia nº 7/2016, de 30 de diciembre del 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, donde se resuelve un incidente concursal en el que se solicitaba, por parte de la franquiciada, la resolución del contrato de franquicia de acuerdo con el artículo 62 de la Ley Concursal por incumplimientos del franquiciador anteriores y posteriores a la declaración de concurso. El Juzgado declara que existía una resolución extrajudicial previa a la declaración de concurso del franquiciador que era válida pese a que la administración concursal no le había otorgado validez por un defecto de forma y, con base en esta resolución, desestima la demanda de incidente concursal, al entender que no se puede resolver un contrato que ya estaba resuelto.

La Sentencia nº 146/2016, de 16 de marzo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona analiza la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en una relación de franquicia donde el franquiciado había sido declarado en concurso. En su Fundamento de Derecho Segundo la Sentencia se plantea si se acredita el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas de los franquiciados y su incidencia en el contrato de franquicia suscrito por las partes, señalando que «valorando de nuevo en esta alzada la prueba

practicada en la instancia, apreciamos la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que suponen una excesiva onerosidad para la parte demandante», siendo ésta la parte franquiciada.

La franquiciadora argumentaba que la cláusula *rebus sic stantibus* no supone la resolución del contrato sino su modificación, a lo que la Audiencia respondió que «en el caso analizado no es posible el alcance modificativo de la “cláusula rebus sic stantibus” pues el contrato ha devenido de imposible cumplimiento dada la situación de concurso de la sociedad de los demandantes y la imposibilidad económica de los mismos para desarrollar el contrato de franquicia suscrito con la demandada. Por ello debe concluirse que procede la aplicación de la “cláusula rebus sic stantibus” y, por tanto, la resolución del contrato».

La Sentencia termina reconociendo que, aunque la resolución unilateral de la franquiciada supone un incumplimiento de sus obligaciones, la misma está fundada en una situación de crisis económica que hace imposible el cumplimiento del contrato, por lo que da por buena la resolución confirmando la indemnización de daños y perjuicios a favor de la franquiciadora que se había impuesto en primera instancia.

La Sentencia nº 519/2008, de 18 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga resuelve un procedimiento en el que se solicitaba la resolución de un contrato de master franquicia por diversos incumplimientos de la master franquiciada y, además, por estar la misma incurso en causa de liquidación que, de conformidad con lo establecido en una cláusula del contrato, era suficiente para resolver el mismo.

Con respecto a la posibilidad de resolver el contrato de master franquicia por la mera declaración de la situación de liquidación de la sociedad franquiciada el Fundamento de Derecho Tercero expone que «la circunstancia de haberse acordado la disolución de la sociedad Franquiciada Master Regional, con la subsiguiente apertura del proceso de liquidación, no constituye, por sí sola, la causa resolutoria prevista en la estipulación 12ª.4 del contrato de franquicia. Efectivamente, los términos del contrato son claros y terminantes en el sentido de que la disolución de la sociedad Franquiciada ha de ser seguida de un determinado evento: la no aceptación, por parte de su sucesor, de continuar en la actividad, en el plazo de dos meses desde la fehaciente comunicación del evento o desde su producción. Evento que no se había producido en el momento en que la entidad Franquiciadora comunicó a la Franquiciada su decisión de dar por resuelto el contrato de franquicia».

La Sentencia indica que la mera declaración de la situación concursal de la franquiciada no supone, por sí misma, causa de resolución del contrato, pero no por el hecho de que la cláusula se tuviera que tener por no puesta sino porque la misma incluía un segundo requisito que en este caso no se había cumplido. No queda claro, porque nada dice la Sentencia al respecto, si en el caso de que ese segundo requisito se hubiese cumplido, la Audiencia hubiese tenido por resuelto el contrato con la mera declaración de concurso de la franquiciada.

Sí que declara válida la resolución del contrato de franquicia por hallarse el franquiciador en causa de disolución, y venir establecido así en una de las

cláusulas del mismo, la Sentencia nº 453/2012, de 15 de octubre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual establece en su Fundamento de Derecho Cuarto que «la resolución que practica el demandado en fecha 17-8-2009 no es unilateral ni injustificada. Amén de otras causas alegadas en el fax resolutorio, hay una objetiva que hace innecesarias las demás; el estar el franquiciador en causa objetiva de disolución según la cláusula VII.B.b-5».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia nº 115/2013, de 5 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos que, en un supuesto sobre el mismo franquiciador y citando la anterior sentencia, declara la resolución del contrato de franquicia por estar el franquiciador en causa de disolución. Además de declarar la resolución por estar en causa de disolución, la Sentencia señala que la situación de crisis de la franquiciadora supone una mala imagen de marca que «ha de repercutir forzosamente en las tiendas franquiciadas, pues si la franquicia tiene ganado algún prestigio este es el que procede de las propias tiendas, gestionadas por los titulares de la empresa. Este prestigio así ganado es el que permitió acometer en su día el negocio de la franquicia, aprovechando el conocimiento que los clientes ya tenían de la marca».

Debemos manifestar de nuevo que, en nuestra opinión, la Sentencia mezcla dos causas de resolución distintas, la que es consecuencia de la declaración de concurso y la que proviene del daño a la imagen de marca que, aunque puedan tener conexión en algún momento, son causas independientes.

Además, la Sentencia realiza una afirmación que, pudiendo ser válida para un momento inicial de la cadena de franquicias, donde el primer o los primeros establecimientos son titularidad del franquiciador, la misma se iría diluyendo conforme la cadena va expandiéndose y creciendo en número de establecimientos, sin que el consumidor o usuario tenga conocimiento de cuales son propiedad del franquiciador y cuáles no. En este segundo supuesto, cuando existe un número mayor de locales con la misma marca, el prestigio de la misma, en el caso del cliente final, no depende sólo de los locales del franquiciador, si es que el mismo mantiene alguno todavía bajo su titularidad.

Hay que destacar que, ninguna de las sentencias analizadas, aplican lo establecido en el artículo 61.3 de la Ley Concursal, según el cual deberían de tener por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución del contrato por la sola causa de declaración de concurso, sino que se procede por los tribunales a aplicar la cláusula establecida en el contrato y dar por buena la resolución del mismo por este motivo. Si bien es cierto también que en la mayoría de los supuestos el resultado final no variaría, porque se producen otros incumplimientos que también presentan carácter resolutorio. Entendemos que ello no es impedimento para la aplicación del artículo 61.3, y poder declarar resuelto el contrato de franquicia por el incumplimiento correspondiente, en base al artículo 62 de la Ley Concursal o al 61.2 del mismo texto en el supuesto de que fuese conveniente para el interés del concurso.

Debemos añadir, para finalizar el presente apartado, que deberá demostrarse, como en cualquier otra causa de incumplimiento, que la parte

que lo alega se halla en situación de concurso. Aunque pueda parecer obvio lo comentado nos encontramos con sentencias como la nº 184/2017, de 25 de abril, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se establece que «no cabe apreciar la resolución contractual, sin derecho a indemnización ni aplicación de la cláusula penal, en los supuestos de “declaración de suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores o procedimiento concursal de alguna de las partes”, puesto que la demandada no ha acreditado encontrarse legalmente en ninguna de dichas situaciones». En este supuesto nos encontramos ante un procedimiento en el que la franquiciada argumentaba su propia situación concursal con el fin de que no se le impusiese ninguna de las cláusulas penales reflejadas en el contrato para los casos de resolución del mismo.

CAPÍTULO 4.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.

I. NOTAS GENERALES.

En este último capítulo se analizan los efectos que se derivan de la resolución del contrato, teniendo en cuenta que los mismos se producen por el hecho de existir la resolución, independientemente del tipo de contrato, y los efectos propios que se producen en el contrato de franquicia una vez se resuelve el mismo, en cuanto a las particularidades que pueden presentar por la especialidad de la relación de franquicia como tal, viendo cuál es la plasmación práctica de dichos efectos con respecto a la relación entre las partes.

La extinción del contrato de franquicia, al igual que en el resto de contratos de distribución, es la fase más conflictiva³⁹⁵. Con la extinción surgen para las partes nuevos derechos y obligaciones, no sólo de carácter patrimonial. La ausencia de un régimen legal previsto relativo a la extinción del contrato comporta que, en ausencia de previsión contractual, los problemas que se plantean en esta sede deberán resolverse acudiendo, con carácter general, a las normas generales en materia de extinción de las obligaciones y contratos, planteándose la necesidad de analizar si será posible aplicar igualmente alguna de las normativas específicas existentes en materia de extinción contractual y, en particular, el régimen legal

³⁹⁵ Por todos, recientemente, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, 2017; y CAÑABATE POZO, R., "La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela", *LLM*, núm. 26, 2016.

previsto para el contrato de agencia en la LCA en cuanto existan supuestos en los que pueda apreciarse la identidad de razón.

Como ha señalado la doctrina³⁹⁶, la resolución produce un efecto liberatorio, puesto que una vez se resuelve el contrato las partes dejan de estar obligadas a continuar cumpliendo lo pactado y no ejecutado. Siendo ello cierto, en nuestra opinión este efecto liberatorio no es completo en los contratos de franquicia.

Como es sabido, en los contratos de franquicia es habitual que se recojan cláusulas de cumplimiento obligatorio con posterioridad a la finalización del contrato, como las cláusulas como la de prohibición de competencia post-contractual o la de confidencialidad o prohibición de difusión de información. Dichas estipulaciones se establecen en el contrato de franquicia precisamente con el fin de que sean cumplidas una vez finalizado el mismo.

Pues bien, en el caso de la cláusula de confidencialidad, con independencia de la causa de extinción del contrato, incluido el incumplimiento del franquiciador, el efecto liberatorio de la resolución no afecta a ésta cláusula. Cuestión distinta es la cláusula de prohibición de competencia. En este caso, si el incumplimiento resolutorio es imputable al franquiciado, la resolución tampoco produce efecto liberatorio del

³⁹⁶ En tal sentido CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 473-475. Estos dos efectos, el liberatorio y el restitutorio, son admitidos también por otros autores como PLANA ARNALDOS, M.C., «Resolución y restitución», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, pág. 503.

franquiciado respecto de ella. Pero si el incumplimiento resolutorio es imputable al franquiciador, en ese caso, la extinción por resolución sí tendría efectos liberatorios de dicha cláusula. Por tanto el efecto liberatorio al que se refiere la doctrina se produce siempre con respecto a las obligaciones cuyo cumplimiento se establece vigente el contrato³⁹⁷.

La resolución, cuando es por incumplimiento, produce también un efecto indemnizatorio. Si bien es cierto que no nace obligatoriamente con la resolución del contrato, también lo es que el artículo 1.124 del Código Civil establece el derecho de la parte que resuelve el contrato a exigir el resarcimiento de daños. En el artículo 1.124 Cc el resarcimiento de los daños sufridos por uno de los contratantes es, por tanto, consecuencia del incumplimiento del otro³⁹⁸.

³⁹⁷ En este sentido también se expresan diversos autores como GARCÍA PÉREZ, C.L., «Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015, pág. 436, cuando al tratar los efectos de la resolución por el artículo 1.124 se refiere al efecto de liberación de ambas partes del vínculo contractual respecto de las prestaciones no ejecutadas y la no liberación de las cláusulas previstas para el supuesto de resolución, como la cláusula arbitral, las penales o la de competencia, PLANA ARNALDOS, M.C., «Resolución y restitución», *Estudios...*, cit., pág. 505 que señala que la resolución no afecta a las cláusulas pactadas para el caso de incumplimiento como pueden ser las cláusulas penales, de jurisdicción, garantías, etc., o PARIVODIC, M., «Termination of franchise...», cit., pág. 16, donde al realizar un estudio comparado del contrato de franquicia en diferentes países refiere que la finalización del contrato no extingue los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, los cuales pueden continuar después de la resolución, poniendo como ejemplos las cláusulas de no competencia, confidencialidad del *knowhow*, etc.

³⁹⁸ En este sentido MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., págs. 164-165, apunta que «es importante no confundir la obligación de liquidación que surge de la resolución con la indemnización por daños y perjuicios, ya que la resolución no tiene por objeto el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento, sino únicamente la restitución de las prestaciones efectuadas».

La doctrina, en este punto, se plantea qué interés contractual se pretende tutelar con la indemnización, si el negativo o de confianza, el positivo o interés en el cumplimiento del contrato, o ambos. En este punto tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran en desacuerdo, existiendo opiniones en todos los sentidos³⁹⁹.

En el lado de los que opinan que el interés contractual que se pretende tutelar con la indemnización es el positivo, se ha señalado⁴⁰⁰: Que no hay contradicción entre instar la resolución y reclamar el daño positivo. El perjudicado que resuelve renuncia a la contraprestación, pero no tiene porqué renunciar al lucro que aspiraba obtener mediante el contrato; Que el artículo 1.124 se refiere al resarcimiento de daños y abono de intereses tanto si se opta por el cumplimiento como por la resolución. Como la indemnización en el supuesto de que se opte por el cumplimiento no puede ser más que en la medida del interés contractual positivo, según el artículo 1106, lo mismo cabe afirmar respecto de la resolución; Que otros supuestos análogos, como la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1486.2, abarcan el interés contractual positivo; Y que la tutela del interés contractual positivo se establece como necesidad de un mecanismo de defensa contra el incumplimiento con el fin de desincentivarlo. Si no se indemniza el interés contractual positivo, el contratante que se percate de

³⁹⁹ Cuando hablamos de interés negativo nos estamos refiriendo al interés del contratante no incumplidor a ser colocado en la misma situación en que se encontraría si el contrato no se hubiera celebrado; y cuando hablamos de interés positivo hacemos referencia al interés del contratante cumplidor en colocarse en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido.

⁴⁰⁰ Así, CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver...*, cit., págs. 576-586.

haber hecho un mal negocio puede interesarle incumplir y acudir de nuevo al mercado.

Por el contrario se ha afirmado que «el fundamento y extensión de las indemnizaciones existentes en el contrato de franquicia es variado»⁴⁰¹. Para este autor el objetivo de las indemnizaciones propiamente dichas que tienen causa en la imputabilidad del daño es el interés contractual positivo, mientras que en la condición resolutoria pactada será el negativo.

En nuestra opinión el interés que se pretende tutelar es el interés positivo. En el contrato de franquicia, donde uno de sus elementos característicos es que nos encontramos ante un contrato con una duración, y en el que se suceden las prestaciones por parte de ambos contratantes, no podemos pretender que, mediante la resolución, se coloque al cumplidor en la situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado. Tanto el franquiciado como el franquiciador pretenden obtener mediante la indemnización los beneficios dejados de ganar tras el incumplimiento de la otra parte.

En el caso del franquiciado se busca la indemnización que permita obtener unos beneficios previstos por el franquiciador. El franquiciado quiere estar en la situación en la que estaría si se cumpliese el contrato, porque es lo más beneficioso para él. En el caso del franquiciador, por su parte, la indemnización le permite evitar las pérdidas derivadas de la falta

⁴⁰¹ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 519.

de ingresos generados a través de los derechos que debería abonarle el franquiciado hasta la finalización del contrato.

Con respecto a la posibilidad de indemnización al resolverse el contrato debemos de tener en cuenta que, si bien parece concederse siempre el derecho a la indemnización en todo caso de incumplimiento, el Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que «para que proceda la indemnización de daños ha de ser efectivamente probada y reconocida su existencia, ya que sólo el incumplimiento de las obligaciones no es, en todos los casos, causa generadora de daños y perjuicios, siendo un concepto erróneo el que toda declaración de resolución del contrato por incumplimiento de una parte lleve siempre aneja la condena al resarcimiento del daño, porque eso no tiene lugar más que cuando realmente existen los daños y sean imputables a la persona de quien se reclama la indemnización»⁴⁰². Por lo tanto, y tal como mantiene la doctrina, el daño no será resultado del incumplimiento sino resultante de la resolución, en tanto en cuanto sea imputable a una de las partes⁴⁰³.

Además de los efectos de la resolución hay que tener en cuenta desde cuando se deben de aplicar los mismos, es decir, si la resolución del

⁴⁰² Se pueden ver al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1950, 8 de julio de 1950 o 30 de septiembre de 1955 entre otras. En este sentido también se expresa CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, cit., págs. 1190-1191, al señalar que el incumplimiento no es de por sí, ni equivale, a un daño resarcible, puesto que «la no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de resarcimiento de daños.» y que «si ante el incumplimiento del deudor el acreedor puede desligarse de su propia obligación por medio de la resolución, la simple no entrega de la cosa debida o la prestación defectuosa no son daños sufridos por el acreedor, dado que el mismo se libera de la contraprestación».

⁴⁰³ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 320-321.

contrato produce efectos con carácter retroactivo o no. Aunque pueda parecer una obviedad resulta necesaria su corroboración. La resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales de tracto sucesivo, como sería el de franquicia, no produce efectos retroactivos, quedando por tanto subsistentes las prestaciones efectuadas antes del incumplimiento y liquidándose la relación contractual a partir del momento de la resolución⁴⁰⁴.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 532/2012, de 30 de julio, expone en su Fundamento de Derecho Sexto que «en los contratos de tracto continuo, cuando las partes han satisfecho sus intereses íntegramente en el pasado, se trata de situaciones agotadas e irreversibles, por lo que, en la medida en la que es imposible destruir las prestaciones ejecutadas, como declara la sentencia 1311/2006, de 22 de diciembre, “la regla sobre los efectos recuperatorios ex tunc (desde entonces) de la resolución del contrato no puede ser mantenida con carácter absoluto. La STS de 15 de julio de 2002 declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, cosa que justifica la retroacción de la resolución, pero si éste es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento que satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro”».

⁴⁰⁴ En este sentido podemos citar, por ejemplo, a ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución...*, cit., págs. 419-422, donde apoya la no retroactividad de la resolución al entender que existe autonomía de los conjuntos de prestaciones realizadas que provocan la satisfacción previa de las partes y que existe plena reciprocidad, por lo que no hay enriquecimiento injusto para ninguna de las partes por las prestaciones ya ejecutadas.

En similar sentido se pronuncia la Sentencia nº 340/2008, de 4 de julio, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, al señalar en su Fundamento Jurídico Segundo que pese a que la resolución produce con carácter general efectos *ex tunc* «tal doctrina cede cuando la acción resolutoria se dirige a poner fin a un contrato de tracto sucesivo, que da lugar a relaciones duraderas entre las partes, cuando las recíprocas prestaciones de las partes han sido ya, total o parcialmente, realizadas, imponiéndose a las partes la simple obligación de liquidar la situación resultante tras la resolución, supuesto de excepción en el que nos encontramos» al estar revisando la Audiencia la resolución de un contrato de franquicia.

Se refiere también a este supuesto la Sentencia nº 282/2012, de 8 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual señala en su Fundamento de Derecho Sexto que «ciertamente asiste al Franquiciador el derecho a percibir las cantidades devengadas hasta el momento en que incumplió sus obligaciones, y ello en cuanto, como recuerda la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2009, si bien en principio, y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que conlleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya percibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo

contractual opera “ex nunc”, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual».

Por último, debemos hacer mención a la Sentencia nº 609/2012, de 5 de septiembre, de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta Sentencia valora en su Fundamento de Derecho Quinto la petición de devolución del canon de entrada abonado por el franquiciado como consecuencia de la solicitud de resolución por incumplimiento, debido a que entiende que dicha resolución debe de tener carácter retroactivo.

La Audiencia resuelve en el sentido de admitir la devolución del canon pero sólo de manera parcial, «ya que el antedicho importe cubriría la totalidad de la duración contractual que nos ocupa; y habida cuenta de que la franquiciada, aunque con ciertas distorsiones, ha venido desarrollando su actividad durante dos años y medio, la restitución de la mencionada cantidad deberá limitarse al periodo de tiempo que discurre entre la efectiva resolución del contrato y el momento previsto contractualmente para la finalización del mismo. Ello es así por cuanto que la pretensión resolutoria carece de efectos retroactivos, a diferencia de la nulidad absoluta que tendría efectos “ex tunc”. Por ello, la cantidad que por este concepto habrá de restituirle la franquiciadora a la franquiciada es la de 16.240 euros».

En nuestra opinión, y para el caso del contrato de franquicia, donde nos encontramos ante obligaciones de tracto sucesivo donde el cumplimiento

de las mismas se produce de forma independiente durante toda la duración del contrato, los efectos de la resolución derivada del incumplimiento de una de las partes deben suponer la liquidación de la relación contractual salvando las obligaciones anteriores ya cumplidas. Será desde el momento en el que se produzca la resolución del contrato cuando tendremos que valorar qué efectos produce la misma como consecuencia de las obligaciones que estén pendientes de cumplimiento, así como otros posibles efectos, tanto *inter partes* como frente a terceros.

II. EFECTOS NO PATRIMONIALES.

En el presente apartado vamos a realizar el estudio de los efectos derivados de la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento que no suponen un desembolso económico para la parte incumplidora, es decir, aquellos que no tienen como consecuencia directa el establecimiento de una indemnización o compensación económica, sino una obligación de hacer o no hacer tras la resolución. Este tipo de consecuencias derivadas de la resolución por incumplimiento quedaría fuera del efecto liberatorio, puesto que las partes han pactado al formalizar el contrato, precisamente, su cumplimiento en el caso de finalización o resolución del mismo.

De entre los efectos que podemos encontrar dentro de este grupo que hemos denominado de carácter no patrimonial nos centraremos en el análisis de dos de ellos, por habituales en la práctica y porque, además, su cumplimiento suele ser reclamado cuando existe un procedimiento de resolución judicial. Nos referimos a la prohibición de competencia, cuyo cumplimiento se establece como una obligación de no hacer para ambas

partes durante el contrato, y para el franquiciado tras la resolución del mismo; y la devolución de material corporativo y manuales de procedimiento, la cual se configura como una obligación de hacer para el franquiciado.

1. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.

Como ha señalado la doctrina, en el pacto de prohibición de competencia post-contractual en un contrato de franquicia se enfrentan intereses divergentes: el interés del franquiciador, el del franquiciado y el propio interés del mercado⁴⁰⁵.

El interés legítimo del franquiciador que justifica el pacto de prohibición de competencia post-contractual en una relación de franquicia es la necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos propios de la red y que han sido transmitidos al franquiciado en virtud del contrato. El fundamento de esta prohibición post-contractual resulta ser, por tanto, el interés del franquiciador en evitar que el franquiciado, aún sin violar su obligación de secreto, utilice los conocimientos y la preparación adquirida durante la relación de franquicia para desarrollar una actividad concurrencial competitiva⁴⁰⁶. Ello significa, a su vez, que fuera del ámbito de la competencia efectiva decae el interés comercial o empresarial del

⁴⁰⁵ Así, en extenso, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 146.

⁴⁰⁶ En efecto, la experiencia adquirida por el franquiciado en el sector comercial en el que se desarrollaba la actividad empresarial derivada del modelo de empresa transmitido por el franquiciador, así como todos los conocimientos adquiridos como consecuencia del acceso a la red, no forman parte del deber de secreto que recae sobre el franquiciado tras la extinción del contrato. En este sentido, aunque respecto al contrato de agencia, se pronuncia la sentencia de la AP de Valencia de 1 de septiembre de 1997.

franquiciador tutelado por la restricción, ocupando una posición preeminente el interés del franquiciado en emprender las iniciativas empresariales que tenga por conveniente, o procurarse un vínculo laboral o mercantil con quien considere oportuno⁴⁰⁷.

Por su parte, el interés del franquiciado consistente en que la prohibición que se le imponga sea lo más limitada posible, en tanto restringe su derecho al libre ejercicio de profesión u oficio, *ex* artículo 35 CE, así como su derecho a la libre iniciativa económica, *ex* artículo 38 CE⁴⁰⁸. El pacto de prohibición de competencia post-contractual debe, por tanto, conjugar, en igual grado de relevancia, el interés del franquiciador en procurarse una protección de la actividad concurrencial del franquiciado tras la extinción del contrato en la que éste use el *know-how* que aquél le comunicó y, al mismo tiempo, el interés del franquiciado en ejercitar sin traba alguna su derecho a la libertad de empresa⁴⁰⁹.

Por último, junto al interés del franquiciador y del franquiciado, en un pacto de prohibición de competencia post-contractual entra en juego el propio interés de mercado, dada la existencia de un interés público general en el mantenimiento y fomento del sistema competitivo. Ello significa que la prohibición de competencia post-contractual que no tenga otra finalidad que la de evitar el beneficio que pudiera suponer eliminar a un competidor del mercado restringiendo la libertad del franquiciado será considerada como

⁴⁰⁷ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 147.

⁴⁰⁸ En este sentido, por todos, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 254.

⁴⁰⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 148.

un acuerdo restrictivo. En consecuencia, la licitud del pacto de competencia post-contractual impuesta al franquiciado exige la existencia de un interés del franquiciador, en tutela de los intereses propios y de la red, que va más allá del intentar procurarse una cómoda posición de mercado sin competencia. Es preciso, pues, que concurren razones dignas de tutela jurídica para que el interés legítimo del franquiciador justifique la imposición de una prohibición post-contractual de competencia⁴¹⁰. Por ello, las cláusulas de no competencia post-contractual en el seno de los acuerdos verticales, entre los que está incluido el contrato de franquicia, han sido objeto de regulación por parte del Derecho *antitrust*⁴¹¹..

En relación con el análisis de la jurisprudencia en torno a la prohibición de competencia post-contractual, hay que empezar refiriéndonos al importante Auto de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de febrero de 2013, que fue dictado tras el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la Audiencia Provincial de Burgos con respecto a la interpretación del artículo 5, letra b), del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81[CE] a determinadas categorías de

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo blanch, 2005, pág. 290.

⁴¹¹ Así, el Reglamento 330/2010 considera cubiertas por la exención aquellos pactos de prohibición de competencia post-contractual que cumplan cuatro requisitos cumulativos: en primer lugar, que exista competencia efectiva entre la actividad del franquiciador y la actividad que se prohíbe al franquiciado; en segundo lugar, que la prohibición sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el franquiciador; en tercer lugar, que la limitación esté territorialmente restringida “al local y terrenos” desde los que se ha operado durante el período contractual; y, en cuarto lugar, que en todo caso el límite temporal no sea superior a un año . El ámbito de la exención se haya sometido, por tanto, a unos concretos límites teleológicos, territoriales y temporales. Ver, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 149.

acuerdos verticales y prácticas concertadas, equivalente al actual artículo 5.3 del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, ya mencionado en el anterior apartado.

La Audiencia Provincial de Burgos, en el seno de un procedimiento relativo a la resolución de un contrato de franquicia y la posible aplicación de una cláusula de no competencia post-contractual que el mismo contenía, plantea dos cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo, aunque en síntesis podemos reducirla a la siguiente: Si la frase “local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual” que utiliza el artículo 5.b) del Reglamento 2790/1999, actual 5.3.b) del Reglamento 330/2010, debe entenderse limitado al lugar o espacio físico desde el que se hayan vendido los bienes o suministrado los servicios objeto de la franquicia o puede extenderse a toda la zona de exclusividad asignada asimilando la conjunción de los dos términos, local y terrenos, al concepto territorio.

Con respecto a la posibilidad de aplicar una cláusula de no competencia a un franquiciado una vez finalizado el contrato de franquicia, el Auto del Tribunal de Justicia entiende que dicha aplicación es perfectamente posible siempre y cuando se aplique conforme a los requisitos establecidos por la normativa, que como recoge el artículo 5.3 del Reglamento 330/2010 son: que la obligación de competencia post-contractual se limite a bienes o servicios que compitan con los que hayan sido objeto del contrato de franquicia, que la prohibición se limite al local o terrenos desde los que el franquiciado haya operado, que sea indispensable para proteger el *know-how* transmitido durante la duración del contrato, y que la duración que

establezca la cláusula no sea superior a un año desde la finalización del contrato⁴¹².

El cumplimiento de los requisitos establecidos permite, «con carácter absolutamente excepcional», como indica el Auto, que las cláusulas de no competencia impuestas directamente más allá de la expiración del contrato puedan acogerse a la excepción por categorías. *A sensu contrario* la cláusula de no competencia que no cumpla con los requisitos no se podría acoger a la excepción.

No obstante, el Auto recuerda que aunque un acuerdo no cumpla con todos los requisitos previstos por un reglamento de exención puede ser válido si no tiene por objeto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior, no incurriendo en otro supuesto en la prohibición del artículo 101 TFUE y que, el hecho de que la cláusula no esté amparada por una exención por categorías no prejuzga la aplicación de una exención individual, por lo que deberá ser el órgano jurisdiccional nacional el que compruebe si el contrato objeto de litigio entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

⁴¹² El Auto establece además que, en virtud del artículo 1, apartado 4, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las cláusulas de competencia post contractual establecidas bajo estas condiciones serían válidas en el ordenamiento español precisamente por ser acordes a lo establecido en el Reglamento. El artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que «*La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE*».

En el mismo sentido la Sentencia nº 115/2013, de 5 de abril, de la sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, que aplica el Auto, señala que el hecho de que la cláusula de no competencia no esté amparada por el Reglamento no la convierte automáticamente en ilícita⁴¹³. El pacto dejará de estar regulado por el Reglamento y pasará a estar regulado por el Tratado, aplicándose entonces la regla de *minimis* que el mismo incluye, y si no se encuentra incluido en la misma, se entenderá que la cláusula no afecta sensiblemente a la competencia⁴¹⁴.

Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la de la aplicación territorial de la prohibición, la cuestión planteada por la Audiencia Provincial al Tribunal de Justicia solicitaba que se aclarase si el artículo 5.b) del Reglamento (actual 5.3.b) limita la aplicación de la cláusula al local donde el franquiciado ha venido desarrollando su actividad o se puede ampliar al territorio sobre el que se le concedió la exclusiva⁴¹⁵.

⁴¹³ El Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia expresa que «la consecuencia de que el pacto de no competencia litigioso no esté amparado por el Reglamento de exención no lo convierte automáticamente en ilícito».

⁴¹⁴ El mismo Fundamento de Derecho Sexto señala que «en este caso no se ha probado que la competencia esté sensiblemente afectada, por lo que se trata de un pacto lícito».

⁴¹⁵ El Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 81.3 a categorías de acuerdos de franquicia señalaba que la cláusula de no competencia tras la finalización del contrato se podía aplicar al territorio donde se había explotado la franquicia, pudiéndose entender que el ámbito al que hacía referencia era al de la zona de exclusividad otorgada en contrato. Por su parte, tanto el Reglamento 2790/1999 como el Reglamento 330/2010, establecen dicho ámbito territorial con el término de «local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual». Esta doble terminología de local y terrenos es la que plantea dudas sobre si el término terrenos se puede comparar con el anterior de territorio y, por lo tanto, extender la aplicación de prohibición de competencia a toda la zona de exclusividad o, por el contrario, se debe limitar la misma al local donde se ejercía la actividad franquiciada.

El Auto aclara la duda estableciendo que la palabra local debe entenderse como una parte delimitada de un inmueble y la palabra terrenos como una parcela de suelo, no pudiendo ampliarse el sentido de las mismas a las de territorio que recogía el primer reglamento. Entiende que es la voluntad del legislador restringir el ámbito territorial de aplicación de este tipo de cláusulas para que las mismas se puedan beneficiar de la aplicación de la exención, limitándose al local y terrenos desde el que se venden los bienes o se prestan los servicios objeto del contrato de franquicia.

El Auto del TJUE entiende que *“una interpretación literal restrictiva es tanto más pertinente en el litigio principal cuanto que la disposición de que se trata establece una excepción respecto de la norma general enunciada en el artículo 5, letra b), del Reglamento nº 2790/1999, según la cual la exención por categorías prevista en el artículo 2 de este Reglamento no se extiende a las cláusulas de no competencia cuyos efectos perduran tras la expiración del contrato. Además, un Reglamento de exención por categorías como el Reglamento nº 2790/1999 debe ser objeto de interpretación restrictiva, a fin de evitar que sus efectos se extiendan a acuerdos o situaciones que dicho Reglamento no contempla (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 28, y de 28 de abril de 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 32)”* – apartado 31-; para concluir que *“...tras la expiración del contrato, únicamente las cláusulas de no competencia cuyos efectos se limiten a los puntos de venta de los bienes o servicios contractuales pueden cumplir el tercero de esos requisitos. Esta interpretación es conforme con la del artículo 5, letra a), del Reglamento nº 2790/1999, que igualmente sólo se aplica a los puntos de venta, como las estaciones de servicio (sentencia Pedro IV Servicios,*

antes citada, apartado 64). A la inversa, las cláusulas de no competencia que se extienden a la totalidad del territorio asignado no gozan, tras la expiración del contrato, de la exención por categorías”.

Surge la duda de qué ocurre con los supuestos de franquicias de servicios donde la prestación se realiza fuera del local donde el franquiciado tiene la sede, como pudieran ser las franquicias de servicios asistenciales o las de consultoría empresarial. El Auto establece de forma clara que «la expresión local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual se refiere únicamente a los lugares desde los cuales se ponen a la venta los bienes o servicios contractuales y no a todo el territorio en el que los bienes o servicios puedan venderse en virtud de un contrato de franquicia». Por lo que parece que la prohibición se limita en todos los casos al local donde el franquiciado tenga establecido el punto de venta o la oficina de atención o gestión de clientes, aunque los servicios se presten efectivamente fuera de dichos locales.

La última de las cuestiones que aborda el Auto y en la correspondiente resolución de la Audiencia son las implicaciones de dicha cláusula desde la perspectiva de los acuerdos de menor importancia⁴¹⁶. En el caso concreto

⁴¹⁶ Sobre los acuerdos de menor importancia, por todos, recientemente, MIRANDA SERRANO, L., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, Derecho europeo de la competencia (dir. Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, 2017, págs. 82 y ss. Como es sabido, el TJUE y la Comunicación 2014 se han posicionado abiertamente sobre la vigencia en Europa de la máxima de “minimis non curat lex” –“la Ley no se ocupa de asuntos sin importancia”-, frente a la de “minimis non curat praetor” –“el Pretor no se ocupa de los pequeños asuntos”-. Si el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia es el proceso competitivo, aquellas conductas que no tienen aptitud para afectar sensiblemente al mismo, no entran en el ámbito de la prohibición del artículo 101 TFUE y, por extensión, no se trata de conductas prohibidas.

que juzgaba la Audiencia se entendió que no se había probado que la competencia estuviese afectada y que, por lo tanto, el pacto de competencia post-contractual era lícito⁴¹⁷. En concreto, la Sentencia nº 115/2013 de la Audiencia Provincial de Burgos, estableció que «junto a las desventajas que puede traer la falta de competencia derivada de tales pactos, el derecho comunitario también prevé que de estos acuerdos se puedan derivar otras ventajas, fundamentalmente porque “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o el económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”».

Por otra parte, podemos observar en la jurisprudencia la evolución que sufre el objetivo perseguido por la prohibición de competencia post-contractual, pasando de una herramienta para evitar la competencia del anterior franquiciado al franquiciador, aprovechándose el primero de la clientela, y dificultando la búsqueda de un nuevo franquiciado, a la más correcta protección del *know-how* del franquiciador.

Así, dentro del primer grupo encontramos sentencias como la nº 201/2007, de 28 de marzo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que indica en su Fundamento de Derecho Tercero, al tratar sobre la aplicación de una indemnización por daños y perjuicios derivada

⁴¹⁷ Así lo declara la Sentencia en su Fundamento de Derecho Sexto, tal y como hemos expuesto en la nota 319. En el mismo sentido se expresa la Sentencia nº 499/2015, de 16 de diciembre, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, al recoger en su Fundamento de Derecho Tercero que «la consecuencia de que un pacto de no competencia litigioso no esté amparado por el Reglamento de exención no lo convierte automáticamente en ilícito, se ha de probar que la competencia esté sensiblemente afectada para que se trate de un pacto ilícito».

del incumplimiento de la prohibición de competencia tras la finalización del contrato, que «si la franquiciada sigue explotando el negocio, con otra marca y variando los elementos del local, resulta más que probable que mantenga esencialmente la clientela, impidiendo al franquiciador que pueda nombrar otro franquiciado en esa misma zona, en la que además habría clara competencia»⁴¹⁸.

Dentro del grupo de sentencias que incorporan como finalidad de la cláusula la protección del *know-how*, se encuentra la nº 236/2011, de 16 de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, que en su Fundamento de Derecho Tercero expone que «la cláusula que hace referencia a la no competencia tanto contractual como post-contractual es una de las más habituales en los contratos de franquicia. Su justificación no es otra que proteger, durante y después de la vigencia del contrato de franquicia, el modelo creado y desarrollado por el Franquiciador y que cede al Franquiciado a cambio de una contraprestación económica, evitando que este pueda aprovecharse en perjuicio de aquel del conocimiento del mercado que adquirió durante el desarrollo del contrato», añadiendo también que la cláusula se justifica «en la necesidad de impedir que los competidores se beneficien del *know-how* del franquiciador y de la clientela adquirida como resultado de éste, de sus signos distintivos y de sus probados métodos comerciales; bastaría con que el exfranquiciado retirara el rótulo del establecimiento y modificara su apariencia para que

⁴¹⁸ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2007 que, aunque referida a un contrato de distribución y licencia de marca, da por buena la aplicación de la cláusula de no competencia con el fin de evitar que se dificulte la normal implantación en el sector geográfico en el que el contrato se había desarrollado.

conservara gran parte de la clientela, impidiendo al franquiciador nombrar con éxito un nuevo franquiciado en la zona»⁴¹⁹.

En términos similares se expresa la Sentencia nº 117/2014, de 28 de marzo, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en su Fundamento de Derecho Séptimo, cuando indica que «la cláusula de no concurrencia es usual en este tipo de contratos en los que pesa la confianza y cuya idea es proteger el know-how del franquiciador, aunque ya esté protegido por las prohibiciones del artículo 3.2.d) del Reglamento CE de 1988, y evitar problemas con la clientela, que podrían darse si puede explotar el mismo tipo de negocio en el mismo ámbito geográfico y en un local de apariencia y funcionamiento similar. Amén de confundir a la clientela, habría que pensar en la deslealtad del acto que pretende retenerla, e impide a su antiguo contratante el desarrollo pacífico de su empresa nombrando nuevos franquiciados». Esta Sentencia, además, señala que lo que no sería admisible es una cláusula ilimitada, por lo que será preciso fijar límites temporales y espaciales, y que «en la generalidad de los supuestos se viene admitiendo para tal menester el plazo de un año».

Es interesante el análisis que realiza de la cláusula de prohibición de competencia post-contractual la Sentencia nº 247/2013, de 7 de mayo, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid. En su

⁴¹⁹ Exactamente en los mismos términos y para resolver un procedimiento en el que interviene el mismo franquiciador encontramos el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia nº 326/2011, de 4 de noviembre, de la misma Sección y Audiencia, así como la Sentencia nº 669/2012, de 3 de diciembre, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid que, con mención a la Sentencia nº 236/2011 de la Audiencia Provincial de León que hemos transcrito, hace suyo dicho pronunciamiento en su Fundamento de Derecho Segundo.

Fundamento de Derecho Cuarto, y tras realizar un acercamiento al concepto de contrato de franquicia y de *know-how* en el fundamento anterior, incluye el contrato de franquicia dentro de la categoría de los contratos de colaboración y señala que, teniendo en cuenta que se produce una transmisión de conocimientos técnicos y que todos los franquiciados quedan incluidos dentro de una red común, «se explica que en la generalidad de los contratos se impongan restricciones a la concurrencia o competencia del franquiciado en el mismo tipo de negocio que constituye el objeto de franquicia». El Fundamento referido termina recogiendo los límites que incluía el entonces vigente Reglamento 2790/99.

En el Fundamento de Derecho Quinto la Sentencia se centra en el estudio de la cláusula de competencia diferenciando los pactos de no concurrencia vigente el contrato y los post-contractuales. Recoge que la prohibición de competencia post-contractual tiene tres límites para su validez «afectantes al ámbito objetivo (bienes o servicios objeto del contrato), territorial (en cuanto se ha de referir al local y terrenos desde los que el distribuidor haya desarrollado su actividad) y temporal (un periodo máximo de un año tras la expiración del acuerdo)⁴²⁰».

La Sentencia sigue argumentando que la aplicación de la cláusula «encuentra su lógica por lo antes expuesto, pues si durante el contrato se ha de colaborar lealmente entre las partes, y quedaría destruida esa lealtad si se permitiera al franquiciado el desarrollo de igual actividad en provecho propio o de tercer competidor, con peligro serio de aplicar a esa otra

⁴²⁰ Como podemos observar la Sentencia vuelve a recoger los requisitos contemplados por el Reglamento 2790/99, vigente entonces, para la validez de la cláusula.

actividad los conocimientos técnicos facilitados por el franquiciador, tras la expiración del contrato la colaboración cesa, y por ello lo que se protege con el pacto de no competencia, más que otra cosa es la clientela, como lo revela el corto espacio temporal, que desde luego no parece servir para proteger el no uso del know-how aprendido, a no ser que se haya establecido un pacto específico también permitido, bajo ciertas condiciones por el Reglamento citado».

La Sentencia nº 390/2000, de 28 de abril, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, también declara válida la cláusula de prohibición de competencia al entender que la misma «es adecuada y ajustada a derecho, no sólo en virtud del principio de libertad de pactos (en general art. 1266 del Código Civil) sino porque además constituye también un contenido típico del contrato de referencia, al margen, como recuerda la demandante-reconvenida de la admisibilidad de la cláusula al amparo del reglamento comunitario antes mencionado».

Del mismo modo la Sentencia nº 555/2003, de 23 de diciembre, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona establece que la cláusula de prohibición de competencia post-contractual es válida y debe «reputarse ajustada a derecho en virtud de las disposiciones normativas, que regulan y disciplinan el contrato de franquicia, si bien con una limitación temporal, como aquí acontece, al margen del principio de libertad de actos, por el cual las partes pueden o no establecer una compensación económica a favor del franquiciado, requisito que no empece la validez de aquello».

La Sentencia nº 228/2011, de 16 de mayo, de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, en un asunto en el que el franquiciado reclamaba la nulidad de la cláusula de prohibición de competencia, señala en su Fundamento de Derecho Segundo que «nuestro Ordenamiento, nacional (art. 20.2 Ley 12/92) y comunitario (Decisión de la Comisión de 17/12/86 citada por la SAP de Madrid, Sec. 14ª de 5/5/10), para preservar el sistema del franquiciador y la clientela ganada gracias a él, prevé estipulaciones similares siempre que su duración no sea superior al año, tal como acontece con el pacto examinado. Con esta limitación temporal se conjugan los intereses en juego debiendo recordar nuevamente que los actores, aunque anteriormente actuaban en el mercado postal español, desde que decidieron sumarse al régimen de franquicia estaban acatando las obligaciones que ello iba a implicar entre las que se encuentra la prohibición de competencia durante un año tras el fin del contrato».

En la Sentencia nº 453/2012, de 15 de octubre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, se recoge un reproche al franquiciador que resulta ciertamente curioso. Tras declarar válida y usual la cláusula en los contratos de franquicia, expresa en el Fundamento de Derecho Séptimo que: «Nuestro reproche es que se ha consentido la competencia durante demasiado tiempo; desde la resolución del contrato hasta la demanda ha pasado casi el año a que se refiere la cláusula de no competencia; le faltaban exactamente dieciocho días, o lo que es lo mismo los efectos de la competencia prohibida se habían consolidado en el tiempo a vista, ciencia, paciencia y conciencia del actor, y la necesidad de protección del Know-How diluida», añadiendo posteriormente que «el actor tardó demasiado tiempo en protegerlo. La cláusula de no competencia tiene

la finalidad de proteger ese saber hacer, y resulta que cuando se quiere invocar la protección se está al límite del tiempo legalmente tolerable; faltaban 18 días para la extinción». Con fundamento en esta falta o insuficiencia del *know-how* desestima la apelación y no aplica la cláusula de prohibición de competencia.

Pero quizá la resolución más completa, por su examen pormenorizado de la cláusula de prohibición de competencia post-contractual, sea la Sentencia nº 265/2015, de 8 de junio, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona. En primera instancia el juez desestimó la demanda por entender que la cláusula era contraria al principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, la Ley 15/07 de Defensa de la Competencia y el Reglamento CE 2790/99. Como base de esta resolución el juez recurrió a la Sentencia de 7 de febrero de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que la aplicó en primer lugar. Con dichos criterios entendió que no se podía aplicar la cláusula porque el franquiciado había cambiado de local para ejercer la actividad competencial.

La Audiencia establece que, aplicando los criterios establecidos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, «aunque la cláusula no se ajuste estrictamente a los criterios de exclusión, ya que el local desde el que se ejerce la actividad de competencia no es el mismo, no por ello es ilícita». Tras entender que sí que existió la actividad de competencia prohibida, la Audiencia pasa a analizar si la cláusula puede ser nula debido a que se trata de una cláusula predispuesta integrada en un contrato de adhesión y, tras entender que el ámbito de la abusividad viene relacionado con los

consumidores, pero que no se excluye de forma absoluta a los no consumidores, según la exposición de motivos de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, declara que la misma es nula por ser abusiva.

Basa esta declaración en que no se demostró por parte del franquiciador el perjuicio real sufrido para reclamar la indemnización correspondiente. La cláusula establecía que el criterio para calcular la indemnización era la media anual de la suma de los pagos realizados por el franquiciado con un mínimo de 36.000 euros. La Sentencia entiende que el franquiciador omite el cálculo de los pagos y reclama directamente los 36.000 euros, por lo que elimina la proporcionalidad que aseguraba el cálculo pactado y la relación entre el perjuicio sufrido y la indemnización, por lo que la «opción hecha por la actora (reclamar el mínimo de 36.000 euros) desvincula totalmente indemnización y perjuicio de forma que la cláusula se convierte en clara expresión de esa posición dominante de la actora en la relación contractual».

En nuestra opinión se equivoca la Sentencia al declarar nula la cláusula puesto que la misma no presenta los requisitos necesarios para dicha declaración ni la Sentencia justifica la nulidad de la cláusula en sí. Lo que establece, o debería haber establecido la Sentencia, es la no aplicación de la indemnización por no haberse calculado conforme a los datos necesarios y exigidos por la cláusula del contrato, los cuales estaban en poder del franquiciador, pero entendemos que la solicitud de forma incorrecta de una indemnización no convierte a una cláusula en abusiva ni deriva de ese hecho la nulidad de la misma, sino, como decimos, la posibilidad de no

aplicación de la correspondiente indemnización por no ser correcto su cálculo.

Tampoco aplica la cláusula de prohibición de competencia post-contractual la Sentencia nº 111/2015, de 3 de junio, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, si bien en esta ocasión la no aplicación deriva de falta de prueba. Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia establece que «no existe prueba de cargo suficiente en orden a aseverar de un modo certero que los demandados vulneraron la prohibición del pacto concurrencial por parte del franquiciado una vez resuelto extrajudicialmente el contrato de franquicia.[...] No se detalla, concreta ni determina qué actividades concretas desarrolla la parte demandada en competencia con el objeto social del Franquiciador. La prueba acompañada es vaga, inconcreta, genérica, inespecífica y no se estima por ello adecuada en orden a justificar la pretensión que se reitera en esta alzada».

Curiosa puede resultar la no aplicación de la cláusula de competencia post-contractual por parte de la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos. En el Fundamento de Derecho Quinto establece que a la franquiciada «sólo se le puede prohibir que use en lo sucesivo los signos distintivos del franquiciador, y entre ellos la marca», dando a entender que incluso podría seguir utilizando los elementos decorativos de la franquicia, al haber pagado por el acondicionamiento y decoración de su tienda, pero que lo que no se le puede prohibir es que tenga una tienda en la que ejerza la misma actividad que la franquicia.

Por último, no aplica la cláusula de competencia post-contractual la Sentencia nº 38/2016, de 8 de febrero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Asturias debido a que existe un incumplimiento del franquiciador y tal incumplimiento provoca que se frustren las expectativas empresariales de los franquiciados; ni la Sentencia nº 475/2016, de 30 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil de Valencia, en un supuesto en el que entiende que la apertura de un establecimiento con actividad idéntica a la franquicia no supone competencia porque el titular no es la franquiciada sino su marido.

Por último, señalar que la jurisprudencia también ha analizado el efecto derivado del incumplimiento de la prohibición de competencia post-contractual, esto es, la indemnización a favor del franquiciador. Ejemplos de esta aplicación podemos encontrarlos, entre otras, en la Sentencia nº 416/2010, de 17 de septiembre de la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, que establece en su Fundamento de Derecho Duodécimo, una vez declarado probado el incumplimiento de la prohibición de competencia, que «preveyéndose la obligación de no competencia tanto durante la vigencia del contrato como tras la expiración del mismo durante un determinado periodo de tiempo, solo para esta obligación de no competencia postcontractual se convino una cláusula penal para determinar anticipadamente el importe de los daños y perjuicios que la infracción de esta obligación supondría⁴²¹».

⁴²¹ En el mismo sentido, la Sentencia nº 606/2011, de 14 de diciembre, de la Sección Decimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en su Fundamento de Derecho Noveno establece que «es claro que continuó Solambiente desarrollando en el

2. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN TRAS LA RESOLUCIÓN. DEVOLUCIÓN DE MATERIAL CORPORATIVO Y MANUALES.

Una vez resuelto el contrato de franquicia por incumplimiento de una de las partes, el franquiciado debe proceder a la devolución de una serie de elementos que se consideran como partes indispensables de la relación de franquicia, y sobre los que el franquiciado no ha llegado a adquirir la propiedad. Se tratan de elementos del patrimonio empresarial del franquiciador que fueron puestos a disposición del franquiciado durante la relación contractual para que el mismo pudiera alcanzar los objetivos pactados por las partes dentro de la red de franquicia. Nos referimos a la devolución de elementos materiales como son el manual de franquicia, el material corporativo y todos aquellos elementos que puedan tener incorporada la marca o emblema, y sobre los que, tras la resolución del contrato, el franquiciado deja de tener derecho de uso.

No existe norma en nuestro ordenamiento que imponga expresamente la obligación de restitución a las partes tras la finalización del contrato de franquicia. Los distintos proyectos o propuestas que han intentado regular los contratos de distribución tampoco contenían un artículo específico para ello, sino alguna mención incorporada a un deber más genérico denominado como de “colaboración en la liquidación”.

local de referencia actos y actividad de competencia con los productos y actividad de la franquicia, lo que implica una violación del pacto de referencia que justifica la aplicación de la cláusula penal pactada».

Así, el artículo 25.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, el artículo 27.3 de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, el artículo 26.2 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 y el artículo 543-23.4 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, establecían que *«extinguido el contrato, el distribuidor no podrá utilizar material publicitario alguno que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimientos y de cualquier material publicitario, cualquier indicación relativa a dicho contrato»*. La obligación de restitución sí que la encontramos respaldada por los códigos deontológicos de las asociaciones de franquicia, como el de la Federación Europea de la Franquicia que lo recoge en su artículo 5⁴²², o el de la Asociación Belga de Franquicia que lo regula en su artículo 15⁴²³.

Por tanto, extinguido el contrato por resolución derivada de un incumplimiento, el franquiciado debe cesar en la explotación del modelo de empresa y devolver los elementos transmitidos por el franquiciador.

⁴²² El Código Deontológico de la Federación Europea de Franquicias establece en su artículo 5.5.xiv., dentro de los términos esenciales mínimos que debe contener el contrato de franquicia, que se deben establecer *«las disposiciones relativas a la entrega inmediata de cualquier propiedad tangible e intangible pertenecientes al franquiciador o cualquier otro propietario de las mismas, después de la resolución o terminación del contrato de franquicia»*.

⁴²³ El artículo 15 del Código Deontológico de la Asociación Belga de Franquicias establece que *«en caso de ruptura o cesación del contrato, es indispensable que el franquiciado renuncie sin retraso a la enseña utilizada así como a todos los diseños y modelos específicos unidos a la explotación de la misma»*.

Ahora bien, como ha señalado la doctrina⁴²⁴, el cese en la explotación y la devolución de los elementos transmitidos por el franquiciador al franquiciado son dos obligaciones distintas, si bien, atendidas la naturaleza del objeto del contrato, ambas constituyen consecuencias naturales del contrato en sede de extinción *ex* artículo 1258 Cc⁴²⁵. Efectivamente, por una parte, el franquiciado deberá cesar en la explotación del modelo de empresa; y, por otra, procederá a la devolución de aquellos bienes sobre los que no adquirió un poder de disponibilidad total, especialmente los de naturaleza inmaterial, aunque también, cuando los haya, aquellos bienes de naturaleza material que fueron transmitidos sólo a título limitado como, por ejemplo, manuales operativos, mobiliario, enseres o maquinaria, que, por lo demás, habitualmente constituirán el *corpus mechanicum* de bienes inmateriales del franquiciador, principalmente *know-how*⁴²⁶.

En relación con los signos distintivos el franquiciado ya no podrá continuar utilizando lícitamente la marca del franquiciador pues,

⁴²⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J., El contrato de master franquicia..., cit.

⁴²⁵ En este sentido, la sentencia de la AP de Navarra de 12 de marzo de 2007 entendió que "... no resulta coherente a nuestro entender, por ejemplo, el cese en el uso de los elementos que contengan los signos del franquiciador y que no se devuelvan los manuales operativos del sistema o que se mantenga en poder del franquiciado el material didáctico correspondiente cuando el contrato ha concluido o que se continúe en la actividad como franquiciado, por lo tanto la devolución de los elementos vendidos para el desarrollo de la franquicia, el cese en el uso de los signos distintivos del franquiciador y la liquidación de las sumas pendientes de pago por el franquiciado, son obligaciones inescindibles, a nuestro entender, a la conclusión de la relación comercial". En la misma línea se pronunció la Comisión en la Decisión *Delta Chemie/DDD*, de 13 de octubre de 1988 (Considerando 35).

⁴²⁶ En este sentido se pronuncian, de forma expresa, las sentencias de la AP de Zaragoza de 18 de julio de 2000 y AP de Navarra de 12 de marzo de 2007. Por su parte, admiten esta consecuencia como implícita en la extinción del contrato, entre otras, las sentencias del TS de 16 de marzo de 2007, AP de Barcelona de 30 de junio de 2005, AP de Asturias de 23 de enero de 2003.

desaparecida la relación obligatoria que le vinculaba con el franquiciador y extinguido su derecho de uso sobre la marca, la utilización de la misma por parte del franquiciado se equipara a la infracción del derecho de marca que puede realizar cualquier tercero que no cuente con autorización para ello⁴²⁷.

Por su parte, en cuanto al régimen de restitución del *know-how* cabe diferenciar entre el elemento de naturaleza material que porta el *know-how*, principalmente manuales operativos, herramientas o maquinaria, y el propio *know-how* que, como elemento inmaterial, no puede ser verdaderamente restituido⁴²⁸.

En este sentido, en relación con la devolución de estos bienes materiales transmitidos a título limitado de uso, como se sostuvo respecto de los manuales operativos, en la medida en que parte de estos bienes serán entregados por el franquiciador al franquiciado a título gratuito, aunque indirectamente englobados por el franquiciador en el concepto de canon de entrada, en defecto de pacto, su régimen vendrá determinado por los artículos 1741 y siguientes del Cc relativos a la figura del comodato⁴²⁹. A estos efectos de la devolución resultan especialmente relevantes los artículos 1746 y 1747 Cc, que establecen que el comodatario no puede

⁴²⁷ En este sentido, por todos, RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 387; y MARTÍN ARESTI, P., *Comentario al artículo 48...*, cit., pág. 834.

⁴²⁸ MASSAGUER FUENTES, J., *El contrato de...*, cit., pág. 324, quien afirma que la única restitución efectiva del *know-how* como bien inmaterial sería el olvido, lo que en términos prácticos resulta difícilmente concebible. Ello por cuanto la revelación de los conocimientos técnicos secretos tiene, por esencia, un carácter definitivo.

⁴²⁹ Que, como es sabido, es “esencialmente gratuito” ex artículo 1740 Cc.

retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas, pero no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya.

En cambio, en relación con aquellos elementos transmitidos temporalmente por el franquiciador al franquiciado por los que haya pagado precio cierto, como suele ocurrir con la maquinaria y las herramientas, su régimen será el del arrendamiento y como tal, aunque también existirá obligación de devolver, su disciplina será sensiblemente distinta en cuanto al riesgo por deterioro, en la medida en que *ex artículo 1563 Cc* el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya.

Por su parte, en la medida en que el *know-how stricto sensu* no puede ser restituido es por lo que las partes, normalmente, tratan de asegurar los efectos de la restitución del mismo mediante el establecimiento de una prohibición de competencia post-contractual⁴³⁰.

En todo caso, de la obligación de restitución de los elementos que conforman el modelo de empresa se deriva una especial diligencia en la actuación tanto del franquiciado como, incluso, del franquiciador, que se manifiesta de forma significativa en el deber de colaboración recíproca en la correcta ejecución de la restitución. En este sentido el franquiciado tiene la obligación de gestionar la restitución de todos los signos distintivos

⁴³⁰ Sin perjuicio de que, extinguido el contrato de franquicia, la utilización del mismo por parte del franquiciado constituye un acto de competencia desleal *ex artículos 5 y 13 LCD*.

utilizados por sus franquiciados, en caso de extinción de los contratos de franquicia estipulados por él. Por su parte, sobre el franquiciador se genera también una obligación de recibir todos los elementos objetos de devolución si no quiere incurrir en “*mora credendi*”⁴³¹.

Pues bien, en cuanto a la obligación de restitución o devolución referida a los signos distintivos y elementos del *know-how*, tanto doctrina como jurisprudencia unánimemente declaran que procede la devolución de dichos elementos por parte del franquiciado. La utilización de dichos elementos por parte del franquiciado viene ligada de forma ineludible a la supervivencia de la relación contractual y desaparece, por tanto, con la finalización de la misma⁴³².

⁴³¹ La mora del acreedor, o *mora credendi*, se configura como la omisión por parte de aquél del comportamiento necesario para que se produzca la prestación, cuando ese comportamiento es necesario. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Soria, de 24 de julio de 1998, en la que se recoge el concepto y requisitos de la *mora credendi*. Sobre la misma, en la doctrina, por todos, CABALLERO LOZANO, J.M. *La mora del acreedor*, Bosch, 1992.

⁴³² En este sentido se posiciona también GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia...*, cit., pág. 119, al indicar que «el fin del contrato, pues, determina la devolución inmediata de todos los derechos de propiedad industrial cuya titularidad ostenta el franquiciador», HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., pág. 434, señalando que «tras la extinción del vínculo contractual el franquiciado ha de cesar en la actividad de explotación de la que fue su empresa franquiciada, debiendo proceder a la entrega o devolución al franquiciador de los distintos elementos del patrimonio empresarial que fueron puestos a su disposición» o MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 194-195, quien expone que las partes en el momento de extinción del contrato tienen la obligación de liquidar las relaciones pendientes, debiendo el franquiciado «reintegrar o devolver al franquiciador los bienes materiales e inmateriales que, en virtud del contrato le fueron cedidos temporalmente para su uso en la actividad comercial. Debe el franquiciado, por tanto, tras la extinción del contrato proceder a devolverlos de forma diligente y el franquiciador tiene la obligación de recibirlos».

En tal sentido se expresa la Sentencia nº 77/2007, de 16 de marzo, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia al señalar, en su Fundamento de Derecho Sexto, que «el demandado viene obligado no sólo al cese del uso del certificado de AENOR, sino también a la entrega a la actora del material donde aparezca dicho certificado de calidad». Continúa indicando la Sentencia que «resuelto el contrato de franquicia entre las partes, el Sr. Íñigo debió proceder a la devolución de cuanta documentación fuera propiedad de la entidad DRONAS y, en particular, de la relativa al “know-how” que reconoce recibidos en dicho acto y del que es muestra el Reglamento Operativo que como anexo formaba parte del contrato de franquicia».

Una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo que se ha encargado de este aspecto es la Sentencia nº 62/2012, de 27 de febrero, que, en su Fundamento de Derecho Primero, y haciendo referencia a la sentencia de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de noviembre de 2008 apelada en el procedimiento, concedió una indemnización por daños y perjuicios a favor del franquiciador al entender que eran evidentes los daños «causados por el uso indebido y sin pagar merced de las marcas, signos distintivos, rótulos y logotipos de la franquicia, actuando Gran Perca en el mercado como establecimiento franquiciado sin serlo, impidiendo a FSP contratar otra franquicia en el mismo ámbito territorial».

Debemos resaltar el contenido de la Sentencia nº 38/2016, de 8 de febrero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Asturias. En esta Sentencia se declara que no existe el incumplimiento por parte de los

franquiciados porque queda acreditado que devolvieron los manuales⁴³³. Pero lo que nos interesa resaltar es la valoración que realiza de los mismos, la cual no hemos encontrado en otras sentencias. Entiende la Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero que en estos momentos la documentación que se reclama por la franquiciadora (manuales de franquicia) tiene escaso valor. Entiende que «se trataría de una documentación escrita de las explicaciones que verbalmente les proporcionaban en los cursos de asesoramiento a los que acudían. Dada su finalidad debían irse actualizando con el transcurso del tiempo por lo que unos manuales suministrados hace años habrían quedado desfasados, obsoletos, sin mayor valor económico, más allá del no tener que reeditarlos caso de concertar nuevos contratos de franquicia y suministrarlos a los nuevos franquiciados».

Por su parte, la Sentencia nº 445/2011, de 30 de septiembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas condena, bajo el argumento expuesto en su Fundamento de Derecho Quinto, a una sociedad franquiciada al abono de indemnización a la franquiciadora como consecuencia de no retirar los rótulos del establecimientos tras la resolución del contrato de franquicia, al tener por acreditado «que la sociedad demandada siguió haciendo uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, del rótulo del establecimiento, publicitándose y atendiendo a los clientes bajo el nombre de CREDITSERVICES, pese a los

⁴³³ En cambio, en la Sentencia nº 357/2011, de 9 de noviembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, se establece la obligación de restitución tras la finalización del contrato al declarar probado que se entregó por parte de la franquiciadora el manual que contenía el know-how y sus anexos, y estos no se devolvieron por parte de la franquiciada.

requerimientos resolutorios y pese a las obligaciones postcontractuales contenidas en la cláusula vigésimo primera del contrato».

También la Sentencia nº 504/2008, de 14 de noviembre, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid establece la obligación de restitución. En su Fundamento de Derecho Cuarto indica que el franquiciado debe «abstenerse de utilizar las marcas, rótulos, logotipos y demás signos distintivos de la franquicia, puesto que la resolución del contrato extingue la autorización de uso, y devolver los soportes materiales de esos signos, documentación y envases».

Por último, la Sentencia nº 437/2012, de 4 de septiembre, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid confirma la fijación de una indemnización por mantenimiento de rótulos y signos distintivos de la franquicia tras la resolución del contrato. Aunque también entiende que es aplicable la obligación del franquiciado de retirar los rótulos, devolver materiales corporativos, etc., tras la resolución del contrato de franquicia, la Sentencia nº 137/2006, de 21 de marzo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona no admite la solicitud del franquiciador en ese sentido al entender, tras la práctica de una pericial en la que se concluía que la percepción global de los locales exfranquiciados y los de la marca no generaba confusión, que «no puede prosperar la petición que se efectúa en la reconvención de que se condene a los distintos franquiciados a retirar de los respectivos locales cualesquiera signos distintivos, colores, enseñas, o rótulos que puedan crear confusión con la marca SAPRI, por cuanto dichos signos distintivos de la marca ya han sido retirados».

III. EFECTOS PATRIMONIALES.

Una vez estudiados alguno de los efectos no patrimoniales, procede analizar algunos de los efectos patrimoniales que son consecuencia de la resolución del contrato de franquicia. No nos centraremos en la indemnización por daños y perjuicios ex artículos 1101 y 1106 del Código civil, por ser un efecto general de todo incumplimiento. Sino que trataremos de centrarnos los principales y particulares efectos patrimoniales derivados de la resolución del contrato de franquicia.

1. EL CANON DE ENTRADA E INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIADOR.

Como ha señalado la doctrina, el canon de entrada no supone una contraprestación a un único tipo de prestaciones en todos los contratos de franquicia, sino que es necesario determinar cada caso. La doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica que posee el canon de entrada. Pueden encontrarse diversas teorías al respecto: el canon de entrada simplemente retribuye el acceso a la red; el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de la autorización de uso de los bienes inmateriales; el canon, además del acceso, es contraprestación de la exclusividad concedida, en aquellos casos en los que se concede; y/o el canon de entrada, además del acceso, es contraprestación de tanto de la exclusividad como de la explotación del modelo de empresa⁴³⁴.

⁴³⁴ En extenso, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 131 y ss.

Según la naturaleza que las partes atribuyan al canon de entrada, las consecuencias jurídicas en caso de extinción anticipada del contrato son de extraordinaria relevancia práctica. Si no se adicionan derechos el canon de entrada está amortizado con el correcto cumplimiento de las obligaciones iniciales y, por tanto, en caso de resolución *ante tempus* no hay derecho a la devolución. En cambio, si contractualmente las partes adicionan derechos, como la exclusividad o la explotación del modelo de empresa, el canon adquiere la condición de pago adelantado de cesión de derechos y servicios que no se van a disfrutar o prestar, justificándose un prorrateo de la cantidad pagada en función del tiempo de vigencia efectiva del contrato y, por tanto, procediendo a la devolución de la parte proporcional pagada y no disfrutada⁴³⁵.

En este sentido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2009 afirma que: *"En el ANEXO I (contraprestaciones económicas), apartado 1 (obligaciones financieras del franquiciado), bajo la rúbrica "Derecho de entrada" (f.104), se estipula que "a la firma del presente contrato, la franquiciada satisfará a Retevisión Móvil, S.A. la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.) más I.V.A., a título de reembolso de todos los gastos soportados por Retevisión, S. A. para posibilitar la constitución de la presente relación comercial y como contraprestación por el uso, saber hacer y prestación continuada de asistencia técnica comercial". Con base en que el contrato se resolvió por causa imputable a la franquiciadora y que el mismo*

⁴³⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 131. En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de la AP de Barcelona de 10 de junio de 2004, 12 de febrero de 2003 y 9 de septiembre de 2002; AP de Teruel de 24 de octubre de 2001; y AP de Madrid de 16 de octubre de 2007, aunque por motivos distintos.

estuvo vigente más de un año, la sentencia de primera instancia entiende que cada parte debe asumir una cuota, y, consiguientemente, condena a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 7.011,81 euros. La sentencia de la Audiencia reduce esta cantidad a la de 3.506 euros, para lo cual tiene en cuenta: a) que el canon fue de dos millones de pesetas; b) que el 50% se agotó con la transmisión del know-how; y, c) la duración del contrato -el pactado y el efectivo-. La operación que realiza consiste en dividir el millón de pts. por 36 que era el número de meses de todo el contrato; el cociente lo multiplica por 15 que es el número de meses que duró la relación contractual; y la suma obtenida de 416.666 pts. la resta del millón, obteniendo el importe a devolver de 583.334 pts., es decir, 3.506 euros, añadiendo [dice] el IVA correspondiente. En el motivo primero del recurso se aduce, en síntesis, que la suma de 2.000.000 pts. se entregaba a título de "reembolso" (que supone según el Diccionario de la RALE "volver una cantidad a poder de quien la había desembolsado"), como un todo para que se iniciase el funcionamiento de la relación contractual de franquicia (por lo que no es susceptible de ser desmenuzado según el tiempo de duración del contrato), y que respondía a una inversión de la que ya se había beneficiado la actora (y por consiguiente era un pago por algo ya realizado, no una cantidad que se pagase por futuras prestaciones que se derivasen de lo realizado). El planteamiento de la recurrente se desestima porque la admisión del concepto resarcitorio por la resolución recurrida resulta razonable, habida cuenta que uno de los aspectos en que se basa el desplazamiento patrimonial -"contraprestación" según la cláusula- al tiempo de la perfección del contrato es el de la asistencia técnica comercial (y no solo por el "saber hacer"), y es obvio que la misma no se prestó totalmente al interrumpirse la relación contractual por causa imputable a la franquiciadora. Por ello, más allá de uno u otro importe

concreto, tema del "quantum" que excede del ámbito del juicio casacional, no hay desproporción ni arbitrariedad en el criterio adoptado por la resolución recurrida".

2. LA COMPENSACIÓN POR CLIENTELA.

Dentro de este epígrafe vamos a analizar la posible existencia de una compensación por clientela a favor del franquiciado en el supuesto de que se produzca la resolución del contrato de franquicia por incumplimiento de una de las partes. Dicha compensación por la clientela tiene su base en que, en el momento en el que se produce la resolución y el franquiciado abandona la red, va a perder la clientela, o puede ver disminuido su fondo de comercio, dependiendo del sector en el que opere la franquicia.

En una franquicia de venta de productos es evidente que, no pudiendo vender los mismos, la clientela dejará de acudir al establecimiento. Sin embargo, en una franquicia de servicios existe la posibilidad de que el franquiciado pueda continuar prestando el mismo servicio que venía ofreciendo bajo otro nombre o marca distinta. Inexorablemente, perderá la clientela cuando la resolución del contrato conlleve el cierre del establecimiento, por ejemplo, por la aplicación de una cláusula de competencia post contractual.

En efecto, la ruptura de la relación contractual quebranta, directa o indirectamente, el equilibrio existente hasta ese momento en relación con la

clientela común⁴³⁶. La extinción del contrato de franquicia conlleva la privación para el franquiciado de la posibilidad de continuar con su actividad empresarial en los términos en los que actuaba vigente el contrato⁴³⁷. Como consecuencia de este desequilibrio contractual, que inherentemente produce la extinción de un contrato de red, y en atención a la naturaleza de la compensación por clientela, se genera el derecho del franquiciado a ser compensado económicamente por la clientela común generada durante la ejecución del contrato de franquicia⁴³⁸.

⁴³⁶ En efecto, con carácter general, como ha señalado la doctrina, aunque en relación con el contrato de agencia, el franquiciado, en su condición de empresario independiente, desarrolla una actividad dirigida a un determinado fin (se trata, según la terminología utilizada por FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas y sus problemas jurídicos”, *Homenaje a la Facultad de Derecho autor Dr. Carlos FERNÁNDEZ NÓVOA*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 33, de la dimensión subjetiva o dinámica de la empresa), fruto de la cual consigue un determinado resultado (se trata, según la terminología utilizada por FERNÁNDEZ NÓVOA, C., *Reflexiones preliminares...*, cit., pág. 33, de la dimensión objetiva o estática de la empresa). Jurídicamente el fruto de la actividad empresarial del franquiciado es un bien inmaterial constituido por una serie de valores o elementos intangibles que surgen progresivamente por virtud de la actividad empresarial, valores entre los que se encuentran las relaciones externas con la clientela (FERNÁNDEZ NÓVOA, C., *Reflexiones preliminares...*, cit., pág. 34). Pero cuando se extingue el contrato, puede suceder que esa parte de la realización inmaterial del franquiciado relativa a las relaciones con la clientela salga del ámbito de su empresa y se vincule a la empresa del franquiciador. Así, GÓMEZ SEGADE, J.A./ TATO PLAZA, A., “La extinción del contrato de agencia”, *Ciencias Humanas y Sociedad*, Fundación Oriol y Urquijo, 1993, pág. 373. Con todo, como afirma MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 312 y 313, el presupuesto para el surgimiento de la indemnización por clientela es que, efectivamente, ésta tenga un carácter común.

⁴³⁷ Y, en especial, con respecto a la clientela generada. En efecto, como afirma MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 313, la clientela conlleva el disfrute de una posición de mercado para su titular derivada del flujo de demanda asociado a su producto. A través de la distribución integrada se logra frecuentemente una apariencia subjetiva de empresa atendida la actuación del miembro de la red bajo la enseña del cabeza de la misma con lo que, si bien éste va a continuar beneficiándose del prestigio asociado a su acervo inmaterial, aquél, extinguido el contrato, no se encuentra en situación de acceder a tales elementos.

⁴³⁸ La jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones y respecto a distintos contratos de red, principalmente agencia y concesión, afirmando que la clientela, durante la vigencia del contrato, constituye activo común que beneficia a ambas partes y que no

Como ha señalado la doctrina, como consecuencia de la extinción del contrato de franquicia y la imposibilidad de seguir beneficiándose del activo común generado, el franquiciador debe retribuir al franquiciado por la actividad desarrollada por éste durante el contrato tendente a la creación y consolidación de las relaciones comerciales estables que potencialmente va a seguir disfrutando. Se debe proceder a hacer el ajuste formal de una cuenta que hasta el momento de la extinción no es posible de determinar, es decir, se procede a liquidar el activo común como medida o consecuencia equitativa derivada de la propia ejecución del contrato⁴³⁹.

El franquiciador, por tanto, debe compensar económicamente al franquiciado por el desplazamiento de valor que se produce por la extinción del contrato, retribuyendo aquella parte del activo común generado por

puede ser atribuida a ninguna de ellas como propiedad. En este sentido, ver, sentencias del TS de 31 de diciembre de 1997 y 22 de junio de 2007. En los pronunciamientos de Audiencias alude expresamente a esta noción la sentencia de la AP de Madrid de 7 de diciembre de 1995. En la doctrina, por su parte, sobre la clientela como activo común en el seno de los contratos de red, ver, entre otros, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización...*, cit., pág. 109; PORFILIO CARPIO, L.J., *La extinción del contrato...*, cit., pág. 1266 y 1267; MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 311; GARCÍA HERERRA, A., *La duración del contrato de...* cit., pág. 647; ECHEBERRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 542; y HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 461. Por el contrario, sostiene una posición distinta, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Los contratos de distribución...*, cit., pág. 1370, para quien la actuación del distribuidor viene encaminada a la creación de una clientela propia, de tal modo que: “sólo en sentido figurado puede hablarse de una clientela común, pues se encuentra fuera de toda duda que la clientela lo es a la vez de la marca del concedente y del establecimiento del concesionario, pero ello es predicable de cualquier intermediario no contractualmente vinculado en su tarea de promoción de los productos de masca objeto de la reventa”. Sobre la idea de la clientela como activo común, fuera de este ámbito, en relación con los representantes de comercio, ver, también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La relación laboral de carácter especial de los viajantes de comercio”, *Documentación Laboral*, número monográfico sobre las relaciones laborales de carácter especial, 1985, pág. 174 y 175.

⁴³⁹ MARTI MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 179.

éste y del que se ve privado como consecuencia de la salida de la red y que, en cambio, pasará a disfrutar íntegramente el franquiciador⁴⁴⁰. Se trata, en este sentido, de una consecuencia acorde con la naturaleza de los contratos de red de distribución, en general, y del contrato de franquicia, en particular, que, además, resulta conforme a la buena fe, ex artículo 1258 Cc⁴⁴¹.

Esta es, por lo demás, una de las líneas de la jurisprudencia española, representada por sentencias como las del TS de 15 de enero de 2008, dictada por el Pleno de los magistrados de la Sala de lo Civil con propósito unificador, de 26 de marzo de 2008 y de 15 de octubre de 2008⁴⁴². Como

⁴⁴⁰ Se trata, en palabras de MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela...*, cit., pág. 111, pero en relación con el contrato de agencia, “de remunerar algo que durante la vigencia del contrato no luce o, al menos, no lo hace en su integridad, a saber: la perspectiva que tienen el empresario principal de seguir extrayendo en el futuro ventajas de unas relaciones comerciales a cuyo establecimiento contribuyó decisivamente el agente”.

⁴⁴¹ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Comentario a la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002”, *CCJC*, núm. 63, 2003, pág. 930 a 932. En la misma línea, en cuanto a que el artículo 28 LCA configura un principio de carácter general aplicable a otros contratos de distribución, por todos, ECHEBERRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 541, para quien “la norma del artículo 28, así como sus predecesoras, delimitan una situación de hecho no estrictamente identificable con la naturaleza jurídica del contrato de agencia”. En el mismo sentido, GARCÍA HERERRA, A., *La duración del contrato de...* cit., pág. 746. Con todo, no debe desconocerse que, en la generalidad de los contratos de duración, la mera terminación del mismo no da origen a un derecho semejante. Así, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización...*, cit., pág. 97.

⁴⁴² En el FJ^o Cuarto de la sentencia de 15 de enero de 2008 se establece que: “cabe hallar también en el propio artículo 1258 Cc... el fundamento de la compensación por clientela, del mismo modo que tal precepto, al integrar lo expresamente pactado por las partes con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso y a la ley, sirvió de base en su día a la construcción doctrinal y jurisprudencial, hoy pacífica, de la cláusula *rebus sic stantibus* como remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo. Tratándose de contratos de distribución, tal desequilibrio sobrevenido no se daría en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la

expresamente establece la sentencia del TS de 21 de enero de 2009 *“la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos de distribución de productos, puede ser posible su apreciación cuando se den las circunstancias oportunas en otros contratos atípicos”*. Especialmente relevante en lo que a consolidación de esta posición de la liquidación de un activo común ex artículo 1258 es la STS de 16 de marzo de 2016.

Además, como ha señalado la doctrina, obsérvese que, en todo caso, el objeto de la compensación no se encuentra vinculado a las tradicionales nociones de dolo o culpa, sino que presenta un eminente carácter objetivo⁴⁴³. Ello tiene como consecuencia se admisibilidad o reconocimiento con independencia de que la terminación del contrato fuera regular o patológica. Su razón de ser se justifica en la propia estructura de los contratos de red y no en la imputación de responsabilidad a una de las partes, es decir, su naturaleza está desconectada de conceptos indemnizatorios como abuso de derecho, culpa o incumplimiento, y trae

relación contractual y tener ésta que liquidarse, liquidación con causa desde luego en el contrato mismo; y tampoco se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato. Pero aquella misma consideración de la equidad, explícitamente presente tanto en el artículo 28.1 de la Ley del Contrato de Agencia como en el artículo 17.2 a) de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales, permite tomar el artículo 1258 Cc como fundamento de la compensación por clientela al ser una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme a la buena fe”. Posición que, por lo demás, ya había sido adelantada por la doctrina, RUIZ PERIS, J.I., *Comentario a la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002...*, cit., pág. 930 a 932, y que ha sido confirmada por la igualmente importante sentencia del TS de 15 de octubre de 2008.

⁴⁴³ Así, por todos, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela...*, cit., pág. 67 y 275; ídem., *Comentario al artículo 28 LCA...*, cit., pág. 462; PORFILIO CARPIO, L.J., “La extinción del contrato de agencia”, *RDM*, núm. 210, 1993, pág. 1266; y GARCÍA HERERRA, A., *La duración del contrato de...* cit., pág. 678.

causa de las ventajas que le reporta al cabeza de red la consolidación de una clientela aportada por la actividad del miembro de la misma⁴⁴⁴. En este sentido, no se trata propiamente de indemnización sino de una compensación⁴⁴⁵.

La clientela se conforma como un valor económico compartido entre franquiciador y franquiciado que, a la terminación del contrato, continuará disfrutando sólo una de las partes, por lo que procederá la compensación a favor del perjudicado por la resolución⁴⁴⁶.

Como se ha afirmado, esto ocurre no porque el franquiciado sea representante del franquiciador, sino precisamente porque es un

⁴⁴⁴ Así, entre otros, VÁZQUEZ ALBERT, D., "Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (I)", *RJC*, vol. 105, núm. 1, 2006, pág. 67. En el mismo sentido, en la jurisprudencia, por todas, sentencia del TS de 27 de enero de 2003. Entre los pronunciamientos de Audiencias, en esta línea, sentencias de la AP de Barcelona de 27 de febrero de 2005 y 19 de febrero de 2004; y sentencia de la AP de Baleares de 28 de octubre de 2004.

⁴⁴⁵ Señalan GÓMEZ SEGADE, J.A./ TATO PLAZA, A., *La extinción del contrato...*, cit., pág. 373 que resulta más apropiado hablar de compensación que de indemnización, en la medida en que el término indemnización presupone una reparación patrimonial, lo que implícitamente supondría el reconocimiento de un derecho a la clientela. Niegan igualmente que se esté ante una auténtica indemnización en el sentido jurídico-privado, entre otros, ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 541; PORFILIO CARPIO, L.J., *La extinción del contrato...*, cit., pág. 1266. En el mismo sentido, en la doctrina comparada, por todos, PINTO MONTEIRO, A., *Contrato de agência. Anotaçãoo Decreto-Lei núm. 178/86, de 3 de Julho*, Almedina, 1998, pág. 104. Por el contrario, sostiene una concepción indemnizatoria de la compensación por clientela, VALENZUELA GARACH, F., "La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992 de 27 de mayo", *DN*, núm. 37, 1993, pág. 7.

⁴⁴⁶ En este sentido, pero para el contrato mercantil de concesión, también se expresa MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 311-313, donde se refiere a la clientela como activo común o activo de titularidad compartida que llegado el momento de la finalización del contrato queda para el disfrute exclusivo del fabricante, llegando a señalar que la «compensación por clientela se justifica en la pérdida de valor a la que el distribuidor puede hacerse acreedor verificada la extinción de la relación contractual».

comerciante independiente que creó el valor económico de la clientela para su propio disfrute y para compensar el riesgo económico propio de quien realiza compras en firme y vende, corriendo con el riesgo económico de la operación. Y que es la resolución, y no otra causa, la que le priva de ese valor económico obtenido con su esfuerzo, cosa que no ocurre con la contraparte que promueve la resolución o se beneficia con la misma⁴⁴⁷.

En estos supuestos es casi más problemático que determinar si existe ese derecho a la compensación por clientela el «determinar el alcance de las pérdidas de rentas futuras, los beneficios o flujos de caja que se estima que la empresa habría proporcionado en el futuro, y la correspondiente capitalización»⁴⁴⁸. Con esto se quiere poner de manifiesto que la clientela es un término de referencia incierto cuando lo que preocupa al reclamar la compensación en el momento de la resolución del contrato es realmente la pérdida de rentas futuras, entendiendo, por tanto, este término clientela más como un factor en esa pérdida de rentas que como un término con relevancia propia.

En nuestro ordenamiento no existe una disposición que establezca la compensación por clientela para la relación de franquicia, al tratarse de una cuestión de libre disposición, las partes pueden incorporar cláusulas de exclusión o modulación de la misma. En efecto, el reconocimiento de la validez contractual de los pactos de exclusión de la compensación por clientela en los contratos de distribución es posición consolidada en el seno

⁴⁴⁷ ECHEBARRIA SÁENZ, J.A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista...*, cit., págs. 45-46.

⁴⁴⁸ En este sentido ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 540.

de la jurisprudencia. En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias del TS de 21 de enero de 2009, 15 de octubre de 2008, 9 de julio de 2008, 15 de enero de 2008, de 20 de julio de 2007, 2 de diciembre de 2005, 5 de febrero de 2004, 18 de marzo de 2004, 26 de abril de 2004, 18 de marzo de 2002 y 28 de enero de 2002⁴⁴⁹.

De ahí que, como ha declarado la sentencia del TS de 15 de enero de 2008, dictada por el Pleno de los magistrados de la Sala Primera con propósito unificador, la aplicación analógica de la idea inspiradora del artículo 28 LCA, “fundamento final de la compensación por clientela” a favor del miembro de la red a partir de los principios del artículo 1258 Cc, sólo proceda cuando el contrato en cuestión no contuviera “previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato”. Criterio en el que, por lo demás, se ratifica el Alto Tribunal en las sentencias de 9 de julio de 2008 y 15 de octubre de 2008⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ La sentencia del TS de 20 de julio de 2007 establece expresamente que: “*aún cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (artículo 3.1 LCA), y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato (sentencia de 27 de enero de 2003), sin embargo, tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos del de agencia (sentencia de 26 de abril de 2004). Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (artículos 1.091 y 1.255 Cc; sentencia de 2 de diciembre de 2005), siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización (sentencias, entre otras, de 28 de enero de 2002, 5 de febrero, 18 de marzo y 26 de abril de 2004), porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público (sentencia de 18 de marzo de 2002)*”. Un comentario sobre la sentencia del TS de 20 de julio de 2007 en SACRISTÁN BERGIA, F., “Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela”, *Rdc*, núm. 2, 2008, pág. 275 y ss.

⁴⁵⁰ Entre los pronunciamientos de Audiencias sostiene esta posición de admisibilidad de la exclusión de la compensación por clientela en el seno de los contratos de red distintos del de agencia las sentencias de la AP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003, AP de Madrid de 20 de diciembre de 2004, 21 de octubre de 2005, 24 de junio de 2005; y AP de Valencia de 11 de febrero de 2005.

Esa, además, parece ser la voluntad del legislador si tenemos en cuenta los distintos proyectos normativos preparados en los últimos años sobre los contratos de distribución que, aunque no han visto la luz, nos pueden dar una idea de la intención del legislador al respecto.

Así, tanto el artículo 26 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, como el artículo 28 de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, el artículo 25.4 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 o el artículo 543-24 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, establecen como criterio general la no obligación del proveedor de compensar al distribuidor por la clientela si no existe pacto al respecto y sólo de manera excepcional fijan el derecho a la compensación por clientela a favor del distribuidor.

Teniendo en cuenta la falta de previsión normativa, y a falta de cláusula contractual, tendremos que realizar un análisis de cada supuesto concreto para poder establecer si corresponde aplicar la compensación por clientela.

En determinados tipos de franquicia y, sobre todo, en las más renombradas, es cierto que la clientela acude al establecimiento, al menos en su inmensa mayoría, atraída por la marca del franquiciador⁴⁵¹. Sin embargo, en otros tipos de franquicia, como pueden ser las de servicios

⁴⁵¹ En este sentido también se expresa GARCÍA HERRERA, A., *El impacto...*, cit., pág. 140, al señalar que «cabe advertir, sin embargo, que la influencia de la actividad del distribuidor en la captación de una clientela estable es menos probable y más difícil de acreditar cuando el objeto del contrato es un producto con una marca de renombre, con un relevante efecto imán respecto de la clientela».

comerciales o aquellas que están en una fase muy inicial de su expansión, es el franquiciado el que realiza una labor importante de captación de clientela, máxime cuando los presupuestos de publicidad de este tipo de franquicia, sobre todo las que se encuentran en fase inicial, son sumamente reducidos.

A ello se ha referido la doctrina al entender que sería conveniente atender a este criterio de franquicia de prestigio o franquicia desconocida para proceder a conceder la correspondiente compensación, puesto que en el segundo de los supuestos el franquiciado es el que, sin duda alguna, genera la clientela y, por este motivo, a través de la compensación por clientela se evitaría un enriquecimiento injusto del franquiciador⁴⁵².

El criterio de enriquecimiento injusto fue recogido por la primera jurisprudencia y por un sector de la doctrina, la posteriormente ser abandonada y duramente criticada por otro sector de la doctrina⁴⁵³. En

⁴⁵² RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato...*, cit., pág. 289 señala que «la pérdida de clientela por la empresa franquiciada en el supuesto de terminación negocial supone paralelamente un incremento discutible del patrimonio (inmaterial) del franquiciador. La correlatividad entre el empobrecimiento patrimonial del franquiciado y el enriquecimiento del franquiciador remite a la figura del enriquecimiento injusto en el supuesto de apropiación por éste último sin que se compense por vía de indemnización».

⁴⁵³ En la doctrina española se han defendido que la indemnización por clientela es expresión de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, tras la aprobación de la LCA, entre otros por VALENZUELA GARACH, F.J., "El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral", RDM, núm. 225, 1997, pág. 1320. El origen de esta posición doctrinal, como sugiere PAZ-ARES, C., "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Vol. II, 1998, pág. 1288 (antes de criticarla duramente), comienza, "como tantas veces sucede", con algunos apuntes más o menos colaterales. Para este concreto caso parece que la historia doctrinal comienza con las palabras de DIEZ-PICAZO, L., "Contrato de agencia y de concesión comercial", *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Tomo I, 1981, pág. 169, donde, de manera ciertamente colateral, escribe:

efecto, tradicionalmente, sobre todo antes de la aprobación de la LCA y en los primeros años de vigencia de esta norma, la posición mayoritaria, en parte superada actualmente, aunque todavía existen pronunciamientos jurisprudenciales en esta línea, era aquella que inserta la compensación por clientela en el ámbito del enriquecimiento injusto o sin causa. Según esta teoría al distribuidor o al franquiciado se le concedería una indemnización por enriquecimiento injusto del franquiciador que se beneficiaría, sin contraprestación, de los esfuerzos y clientela desarrollados por el franquiciado con el correlativo empobrecimiento de éste.

En la jurisprudencia, numerosas decisiones han buscado la justificación de la compensación, que envuelve la posibilidad de expansión de la solución de la LCA al resto de contratos, en la identidad de razón que encierra su naturaleza jurídica desde el punto de vista del enriquecimiento injustificado⁴⁵⁴. Fue a finales de los años ochenta cuando aparecieron las

“la ruptura de la relación contractual sin otra causa que el interés del denunciante, proporciona a este último un enriquecimiento, en la medida en que le transfiere una clientela ya creada. Por ello, el agente y el concesionario tienen derecho a que se evalúe este enriquecimiento, con deducción de la medida en que esté ya retribuido”.

⁴⁵⁴ Esta posición ha sido, también, mantenida en diversas ocasiones por los pronunciamientos de Audiencias. Así, entre otras, sentencias de la AP Valencia de 20 de enero de 1992, AP de Madrid de 7 de diciembre de 1995, AP de Barcelona de 2 de abril de 1998 y 5 de julio de 2000; AP de Sevilla de 13 de noviembre de 1994; AP de Málaga de 30 de mayo de 1995; AP de Jaén de 27 de noviembre de 1995; y AP de La Coruña de 2 de febrero de 1998. Más recientemente, sentencias de la AP de Baleares de 23 de marzo de 2006, AP de Madrid de 22 de febrero de 2006, AP de Madrid de 4 de abril de 2005; AP de Barcelona de 3 de octubre de 2002 y 9 de diciembre de 2002; AP de Valencia de 13 de mayo de 2003; y AP de Sevilla de 14 de mayo de 2002, en cuyo FJ^o Tercero se establece que: “...en cuanto a la primera de las indemnizaciones interesadas por el actor, la referida a clientela, se funda en la aportación por el agente de nuevos clientes al empresario o en un incremento sensible de las operaciones con la clientela anterior y que esa actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario, de modo que se produce un evidente enriquecimiento por parte de éste y el correspondiente perjuicio para el agente que no puede continuar con su actividad, pese a cumplir con sus obligaciones, con

primeras sentencias favorables a admitir la compensación por clientela, primero en el contrato de agencia y, poco después, en relación con otros contratos de red, específicamente respecto al contrato de distribución exclusiva, basándose, en ambos casos, en la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa. Una de las primeras, sino la primitiva, fue la importante sentencia del TS de 22 de marzo de 1988⁴⁵⁵. En esta línea se sitúan también, entre otras, las sentencias del TS de 27 de mayo de 1993, 16 de octubre de 1995, 10 de diciembre de 1996, 31 de diciembre de 1997, 16 de noviembre de 2000 y 18 de diciembre de 2001. Más recientemente, sentencias del TS de 22 de abril 2002, 21 de julio de 2002, 23 de diciembre de 2002, 5 de mayo de 2003, 13 de octubre de 2004, 23 de junio de 2005, 21 de

el evidente esfuerzo y dedicación que dicho aumento de clientela le ha supuesto, sin que pueda seguir obteniendo las comisiones o retribuciones por esa clientela perdida, dado que se ha extinguido el contrato de agencia, pero de la que el empresario sí va a seguir obteniendo beneficios, por tanto puede calificarse como un supuesto de enriquecimiento injusto...”

⁴⁵⁵ Se trata del *leading case* en la materia, en cuyo FJ^o Cuarto el TS estableció que: “...no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo, en términos de mayor generalidad, «se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo (sentencia de 11 de febrero de 1984, ya citada)», sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa, y en los que la legislación comparada de los países europeos ofrece diversas soluciones para cuantificar el importe de la indemnización compensatoria, por la continuación en el disfrute de la clientela aportada por el agente, que van, desde la libertad que al Juez, según normas de equidad, concede la legislación italiana, a falta de acuerdos colectivos y usos, a la compensación con un tope máximo de un año que conceden los sistemas alemán y austriaco, o de dos años que prevé el francés, siempre calculado sobre la base de las comisiones medias de los últimos años”. Un comentario crítico sobre la sentencia en QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario a la sentencia del TS de 22 de marzo de 1988”, *CCJC*, núm. 16, 1988, pág. 237 y ss, quien niega que pueda hablarse de un enriquecimiento injusto o sin causa.

noviembre de 2005, 9 de febrero de 2006, 27 de noviembre de 2006, 22 de marzo de 2007 y 16 de mayo de 2007⁴⁵⁶.

Con todo, esta posición basada en la teoría del enriquecimiento injusto fue rápidamente criticada un sector de la doctrina⁴⁵⁷. De acuerdo con el mismo esta postura del enriquecimiento injusto debe rechazarse en la medida en que el fundamento de esta compensación no radica en evitar el enriquecimiento injusto del franquiciador, aunque *de facto* éste pueda

⁴⁵⁶ En esta última sentencia el TS da un paso más adelante y señala que: *“la obligación de indemnizar por clientela y por los gastos susceptibles de amortización constituye una obligación establecida por la LCA que puede estimarse fundada en la existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa a favor del empresario cuando la denuncia del contrato, aún cuando sea justificada comporte la imposibilidad de amortizar gastos realizados por el agente para la ejecución del contrato con arreglo a instrucciones o para desarrollar convenientemente el encargo (sentencia del TS 19 de noviembre de 2003) o bien un incremento futuro de la clientela a favor del empresario propiciada por la actividad del agente, en virtud de una apreciación potencial, fundada en un pronóstico razonable de conducta acerca de la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico (sentencias del TS 21 de noviembre de 2005, 9 de febrero de 2006) y puede explicarse como conductio de inversión, que es la pretensión de ser resarcido por la cuantía pendiente de amortización. A diferencia de la conductio in debiti en que sólo existe una atribución sin causa (sentencia del TS 25 de noviembre de 1989), en la conductio de inversión la causa existía en el momento de la atribución, pero ha desaparecido antes de que se agoten sus efectos”*. Un comentario sobre la sentencia del TS de 27 de noviembre de 2006 en MARTÍNEZ ROSADO, J., “De nuevo sobre la extinción del contrato de concesión: indemnizaciones de daños y perjuicios y por clientela”, *RCD*, núm. 1, 2007, pág. 242 y ss.

⁴⁵⁷ Así, QUIÑONERO CERVANTES, E., *Comentario a la sentencia del TS de 22 de marzo de 1988...*, cit., pág. 242; GÓMEZ SEGADE, J.A./ TATO PLAZA, A., *La extinción del contrato...*, cit., pág. 369 y 370; MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela...*, cit., pág. 102; ídem., *Comentario al artículo 28 LCA...*, cit., pág. 463; y MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 314. Especialmente duro resulta PAZ-ARES, C., *La indemnización...*, cit., pág. 1289, quien afirma que: *“la maniobra argumentativa así diseñada (refiriéndose a la propuesta de indemnización por clientela y el enriquecimiento injusto) puede ser que tenga cierta apariencia persuasiva, pero lo que es indudable es que carece de rigor. El razonamiento incurre en un grave error positivo porque oculta algo muy sustancial, y es que la clientela que eventualmente queda bajo el disfrute del fabricante no se le atribuye por el simple hecho de la terminación del contrato y, en cualquier caso, no resulta adquirida sin causa o fundamento jurídico... sino que la tiene en el mismo contrato”*. En la doctrina comparada, en el mismo sentido, por todos, BRITO, M.H., “O contrato de agência”, *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, LivrariaAlmedina, 1988, pág. 132.

seguir beneficiándose de la clientela creada por el franquiciado una vez extinguido el contrato, y ello por cuanto el acceso del franquiciador a dicha clientela ni sería injusto ni estaría desprovisto de causa. Su fundamento radicaría en el propio contrato de franquicia, cuya obligación principal del franquiciado es, precisamente, la creación, desarrollo y consolidación de una red estable y permanente de franquiciados que exploten el modelo de empresa propio del franquiciador. En términos semejantes se ha pronunciado también, en alguna ocasión, la jurisprudencia. Así, entre otras, destacan las sentencias del TS de 26 de abril de 2004 y de 18 de marzo de 2004⁴⁵⁸.

En una segunda fase se consolida la posición que estima la viabilidad de la aplicación analógica de las previsiones previstas en el artículo 28 LCA⁴⁵⁹ a

⁴⁵⁸ En cuyo FJ^o Quinto se establece claramente que: “...por último, el motivo séptimo, fundado en infracción de la jurisprudencia relativa a la doctrina del enriquecimiento injusto, también se estima porque, prevista contractualmente la extinción del contrato por denuncia unilateral mediante preaviso de un año y pactado igualmente que la concedente no quedaría obligada a indemnización ni resarcimiento por cualquier título o causa, resulta así que el posible enriquecimiento de la concedente debido a la extinción del contrato tendría una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita, y que no sería otra que el propio contrato, de suerte que la jurisprudencia verdaderamente aplicable a esta cuestión es la que rechaza la aplicabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa (sentencias de 27 de marzo de, 12 de junio de 2003, 22 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2003 y 31 de diciembre de 2003)”.

⁴⁵⁹ “Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

los contratos de distribución y franquicia⁴⁶⁰. Pero sin que, en ningún caso, quepa la opción de una aplicación mimética o automática del mismo⁴⁶¹. Esta es la posición del Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 20 de diciembre de 2005 sobre la aplicación analógica del artículo 28 LCA.

Los términos del Acuerdo alcanzado por la Sala Primera del TS de 20 de diciembre de 2005 fueron que no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante, los criterios que dicho artículo establece resultaran aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la, indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente. Posición que ha sido confirmada, entre otras, por las sentencias del TS de 22 de junio de 2007, 15 de enero de 2008, 15 de octubre de 2008 y 21 de enero de 2009.

⁴⁶⁰ Sin entrar todavía a valorar la viabilidad de la doctrina de la aplicación por analogía del artículo 28 LCA al contrato de franquicia, lo cierto es que como ha apuntado una parte de la doctrina, esta vía puede cubrir ciertas necesidades en el ámbito de las redes contractuales, pero, sin duda, no proporciona todas las respuestas, por lo que –afirman estos autores– no resultaría inoportuno la acotación de estos extremos mediante una norma legal. En este sentido, entre otros, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato...*, cit., pág. 749.

⁴⁶¹ Así, en el sentir mayoritario de la doctrina, con autorizadas excepciones, se admite la aplicación por analogía de las reglas que se manifiestan en los artículos 28 y 30 LCA a las relaciones de red. Por todos, MARTÍNEZ SÁNZ, F., *La indemnización por clientela...*, cit., pág. 301 y ss; MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 311 y ss; ídem., “Comentario a la sentencia del TS de 8 de noviembre de 1995”, *RDP*, 1997, pág. 138 y ss; y ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 541 y ss. En contra, como se ha indicado anteriormente, por todos, con base en el distinto *modus operandi*, ALONSO SOTO, R., *Los contratos de...*, cit., pág. 200 y 201.

Ahora bien, recientes pronunciamientos jurisprudenciales van más allá de aplicación analógica y derivan la compensación por clientela del propio seno de la relación jurídica ex artículo 1258 Cc, como ya apuntará la doctrina⁴⁶². El artículo 28 LCA servirá para determinar las pautas de la compensación, pero no será su fundamento.

En este sentido, la STS de 16 de marzo de 2016 señala: *“1.- La doctrina de la Sala sobre la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva y sus consecuencias indemnizatorias aparece resumida y expuesta con claridad en la sentencia de Pleno núm. 1392/2007, de 15 de enero de 2008 SIC, reproducida en la sentencia 569/2013, de 8 de octubre, según la cual, «[e]n los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios*

⁴⁶² En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Comentario a la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002”, *CCJC*, núm. 63, 2003, pág. 930 a 932, quien afirma que: *“la fundamentación de la indemnización por clientela podría estar en el hecho en sí de la integración empresarial en la red... (y por tanto) no parece suficiente para negar que el principio sea aplicable en otros contratos ya sea a través de la aplicación analógica del artículo 28 LCA o mediante una directa aplicación del principio de buena fe considerando la indemnización por clientela como una obligación implícita del contrato derivada de la buena fe de acuerdo con los artículos 1258 del Código civil y 57 del Código de comercio. La primera de ambas opciones puede defenderse, ya que como recuerda el Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia del TS de 28 de enero de 2002... La segunda puede igualmente ser postulada, puesto que como afirma la reciente sentencia de 26 de abril de 2002... Se trataría, por tanto, de una remuneración fundada implícitamente en el contrato y que podría reconocerse en todos los casos en que existiera uso de la marca o marcas de las que es titular el cabeza de la red por parte de sus miembros e integración empresarial”*. La diferencia entre uno y otro proceder, señalaba el autor, sería que, “en el mediante el primero, la aplicación analógica conllevaría la aplicación del régimen de la indemnización por clientela del contrato de agencia a otros contratos como el de la concesión o la franquicia, en tanto que a través del segundo se permitiría una más flexible y libre configuración de ese derecho en otros contratos. Frente a esta ventaja se alza la mayor facilidad de la aplicación analógica frente a la construcción jurisprudencial del derecho sobre la base de principios generales”.

miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente». Las sentencias posteriores se han hecho eco de esta doctrina, sin perjuicio de su aplicación al caso concreto (sentencias 239/2010, de 30 de abril; 457/2010, de 12 de julio; y 149/2011, de 3 de marzo). En realidad, lo que puede justificar la compensación no es la discutida semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, cuyas diferencias han sido expuestas por esta Sala en otras ocasiones (Sentencias 897/2008, de 15 de octubre; y 88/2010, de 10 de marzo), sino que el propio contrato obligue a considerar como "activo común" la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación.

2.- En concreto, la citada sentencia del Pleno núm. 1392/2007 reconoció la procedencia de la indemnización por clientela, prevista legislativamente para los contratos de agencia, respecto de los contratos de concesión o distribución, con base, sobre todo, en el art. 1258 CC (según el cual, los contratos, una vez perfeccionados por el mero consentimiento, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley), por las siguientes razones:

a) La extinción de los contratos de concesión o distribución, sean por tiempo indefinido, sean por tiempo determinado, da lugar, como regla general, a un derecho del distribuidor a una compensación económica a cargo del proveedor por la clientela ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero, y de la que pueda aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato. Tal derecho se funda en lo injustificado del enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente, merced a la extinción del contrato. Enriquecimiento que no es correlativo al empobrecimiento del distribuidor, sino a la creación de un activo empresarial, gracias al esfuerzo de éste, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a aquél. Es decir, se trataría de la compensación por el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, más que la indemnización a un empobrecimiento de la contraparte.

b) Este fundamento se combina con la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia (LCA), por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en cuanto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el distribuidor; lo que, conforme al art. 4.1 CC, permite integrar analógicamente los contratos de distribución en que no hubiera cláusula que regulara las consecuencias de la finalización del contrato.

c) Al prever el art. 1258 CC que lo expresamente pactado por las partes ha de integrarse con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso y a la ley, procede el remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo. Que en el contrato de distribución no se daría en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato (como ocurre

cuando se aplica la institución de la rebus sic stantibus), sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la relación contractual y tener ésta que liquidarse. Y que no se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato. Por tanto, la compensación por clientela sería una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme a la buena fe.

d) En los casos de extinción de un contrato de distribución, la indemnización por clientela no es automática. El distribuidor que pretenda tal compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, así como otras circunstancias equitativas que justifican la indemnización, como la integración del distribuidor en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.

3.- La sentencia recurrida no se atempera a dicho criterio jurisprudencial, del que ni siquiera se hace eco, al igual que tampoco hace referencia alguna a la posible aplicación de las previsiones de la Ley de Contrato de Agencia, sino que, a partir de una interpretación amplísima del art. 1.101 CC, acaba concediendo una indemnización equivalente al margen bruto de beneficio de la actora durante cuatro años, sin justificar adecuadamente los criterios para calcular el lucro cesante, en los términos del art. 1.106 CC . Razones por las cuales, tanto por infracción de tales preceptos, como por inaplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, la sentencia debe ser casada, sin necesidad de resolver sobre el cuarto motivo de casación, asumiendo esta Sala la instancia”.

Como ha señalado la doctrina, la calificación jurídica de la compensación por clientela como “liquidación de un activo común” del franquiciador – proveedor- y del franquiciado –distribuidor- tiene una gran trascendencia. Si el problema se reduce a la necesidad de liquidar un activo común –la clientela- ante la ausencia de previsión contractual al respecto, cuando la configuración jurídico-económica del contrato no establezca mecanismos de atribución de dicho activo a una de las partes, parece que la consecuencia debería ser la no necesidad de liquidar dicho activo, por cuanto será el mercado –la propia clientela- quién seguirá a aquél al que pertenezca, sea franquiciador o franquiciado. Ahora bien, cuando existan mecanismos de atribución del activo común a una de las partes, como es el caso de un pacto de competencia post-contractual, en virtud del cual una de las partes –normalmente el franquiciador- se atribuye el disfrute del activo generado durante la ejecución del contrato por un periodo de tiempo, excluyendo del mismo a la otra parte –el franquiciado-, la propia condición de “común” parece que requiere de la necesidad de compensar a aquél que ha contribuido a generar el activo y que, por una previsión contractual, no va a poder seguir beneficiándose de él, sin que haya sido económicamente retribuido por ello o sin que haya renunciado expresamente a ello⁴⁶³.

Ello, a su vez, tiene otra consecuencia. Que la compensación por clientela, como en su día apunto la doctrina más atenta⁴⁶⁴, deriva del propio contrato de distribución o franquicia, sin que resulte necesario acudir a la aplicación analógica del artículo 28 LCA. Con ello se cierra, además, otro debate

⁴⁶³ MARTI MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 201.

⁴⁶⁴ RUIZ PERIS, J.I., *Comentario a la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002...*, cit.

relevante en materia de prescripción de la acción. Como es sabido el artículo 31 LCA establece que la acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato.

Si el fundamento de la compensación por clientela reside en la propia configuración del contrato ello tiene como consecuencia que el plazo de prescripción de la acción no sea de un año como establece el artículo 31 LCA sino el plazo general de 5 años del artículo 1964 del Código Civil.

En cambio, sí que parece que resulte aplicación al contrato de franquicia, no por la vía de la analogía, sino por la propia configuración y naturaleza de la compensación, las reglas previstas en el artículo 30 de la LCA, esto es, que el franquiciado no tendrá derecho a la compensación por clientela cuando el franquiciador hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo; cuando el franquiciado hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al franquiciador, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del franquiciado persona física, y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades; y cuando, con el consentimiento del franquiciador, el franquiciado hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato.

3. INDEMNIZACIÓN POR STOCK SOBRENTE.

En los contratos de franquicia en los que se establece la venta de un producto cuyo suministro es exclusivo por parte del franquiciador, al producirse la resolución del contrato se produce la necesidad de analizar quien se hace cargo del stock sobrante o no vendido que queda todavía en poder del exfranquiciado⁴⁶⁵.

Como ha señalado la doctrina, extinguido el contrato de franquicia el régimen jurídico que cabe apreciar respecto al stock sobrante variará en función de si la extinción del contrato resulta ser regular o irregular. En caso de extinción regular no cabe reconocer un derecho de recompra pues el franquiciado, como empresario diligente, deberá gestionar el stock de manera que evite que queden productos no utilizados al fin del contrato o reducir éstos a un valor mínimo. En cambio, cuando la extinción del contrato se origina por un incumplimiento del franquiciador, el hecho de que el franquiciado no haya podido gestionar adecuadamente el stock por causa imputable a aquél, generará un deber de recompra. Se trata de resarcir al franquiciado permitiéndole la restitución de prestaciones no consumadas como consecuencia del incumplimiento resolutorio del franquiciador⁴⁶⁶.

La obligación de recompra presenta ventajas para las dos partes del contrato. Para el franquiciado, porque será más complicado vender las mercancías por su cuenta al no contar con el apoyo de la marca ni con muchos de sus elementos publicitarios, pudiendo incluso incurrir en el

⁴⁶⁵ En extenso, ver, JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Reus, 2016.

⁴⁶⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia...*, cit., pág. 210.

incumplimiento de alguna cláusula de prohibición de competencia post contractual. Y para el franquiciador, puesto que no supone ninguna ventaja que sus mercancías se comercialicen fuera de su red de establecimientos, por la pérdida de control sobre las garantías de calidad que pueda tener establecidas, entre otras.

Una de las posibilidades apuntadas por la doctrina es acudir al recurso de la condición resolutoria tácita u obligación condicionada, la cual ligaría la adquisición de stocks sobrantes a la existencia y mantenimiento de las condiciones comerciales de franquicia. Se podría resumir argumentando que extinguida la relación contractual el conjunto de las mercancías adquiridas al franquiciador debería revertir sobre éste con las mismas condiciones en las que se efectuó su transmisión⁴⁶⁷.

Podría entenderse como una solución aceptable en los casos en los que la resolución se lleva a cabo mediando incumplimiento del franquiciador, pero no en todos los casos, puesto que, a nuestro parecer, el stock viene integrado dentro del riesgo general de la empresa, el cual debe de ser asumido por el franquiciado en su condición de empresario independiente⁴⁶⁸. Esto nos debe llevar a concluir que el franquiciador no

⁴⁶⁷ Esta posición es recogida por autores como ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 530 y GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia...*, cit., pág. 120. También apunta esta posibilidad como una de las aportadas por parte de la doctrina para el contrato de concesión MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 306-307.

⁴⁶⁸ En este sentido podemos citar a ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 538, cuando manifiesta que «el stock se integra en el riesgo general de la empresa, cuya depreciación o pérdida pertenece al mundo de lo posible y es asumida por el comerciante independiente».

tiene por qué recomprar los stocks sobrantes en los supuestos en los que el incumplimiento resolutorio proviene del franquiciado, puesto que nos encontraríamos ante una situación en la que se indemnizaría al incumplidor que provoca la resolución del contrato⁴⁶⁹.

También son de esta opinión HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de...*, cit., págs. 444-445, cuando indica que si no existe en el contrato cláusula que obligue al franquiciador a la recompra del stock «no es posible imponer al franquiciador la readquisición de una mercancía que ya salió de su patrimonio y que la contraparte adquirió como comprador en firme, dada su cualidad de empresario independiente que asume los riesgos derivados de la explotación de su empresa franquiciada» y MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil...*, cit., págs. 196-197 que entiende que no hay obligación de recompra puesto que «el franquiciado, como empresario independiente, debe asumir los riesgos derivados de la actividad empresarial que desempeña». En la misma línea pero para el contrato de concesión MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 304, al señalar que no surge la obligación de recompra del stock cuando la extinción del contrato sea consecuencia de la voluntad del concesionario o del transcurso del tiempo pactado porque «si el fabricante tuviera que hacer frente a esta obligación se le estaría trasladando el *aleas* empresarial que ha de soportar el concesionario» o GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., pág. 359, para los contratos de distribución al indicar que «en los vínculos por tiempo determinado, las mercancías sobrantes constituyen un riesgo asumido por las partes».

⁴⁶⁹ En un sentido similar se expresa para el contrato mercantil de concesión MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 304, al señalar que «la recompra de los diversos stocks puede llegar a constituir un elemento integrado en el resarcimiento a que tiene derecho el distribuidor cuando la terminación del contrato resulte de la conducta antijurídica del fabricante o bien, en otros supuestos, como un elemento más a tener en cuenta al proceder a la liquidación de la relación patrimonial que se extingue con la finalización del negocio.[...] En el supuesto de que el contrato se resuelva por causa imputable al distribuidor, el fabricante no queda obligado a hacerse cargo del stock sobrante. Si se procede de otro modo, se estaría consintiendo que la parte incumplidora repercutiese sobre el concedente los costes de una terminación contractual generada por su comportamiento antijurídico». Del mismo modo, pero para el contrato de master franquicia MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master...*, cit., págs. 523-524, señala que se genera un deber de recompra cuando la resolución del contrato se origina por incumplimiento del franquiciador, pero que no procede el derecho de recompra cuando el incumplimiento es imputable al master. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., pág. 359, señala para los contratos de distribución que «se exime al proveedor de la obligación de recompra cuando el contrato se resuelve por justa causa, como por ejemplo, ante un incumplimiento imputable al distribuidor».

Pues bien, en nuestro ordenamiento no contamos con ningún precepto que de forma específica regule los efectos de la resolución del contrato de franquicia con respecto al stock sobrante. En los distintos intentos legislativos de regular los contratos de distribución durante los últimos años sí que se incluían algunas referencias al respecto. Así, el artículo 25.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, el artículo 27.2 de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008 y el artículo 543-23.2 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013, bajo el epígrafe de “colaboración en la liquidación” establecían que *«las mercancías en poder del proveedor o del distribuidor, cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio de venta o de compra establecido en el contrato de distribución»*.

Por su parte, el artículo 26 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, bajo el epígrafe de “colaboración en la liquidación de operaciones” sólo contiene una obligación genérica de colaborar en la ordenada extinción de las operaciones pendientes, pero sin una referencia específica al stock sobrante.

Por tanto, como se ha indicado, si la posibilidad de recompra del stock sobrante viene establecida en el contrato de franquicia, las partes deberán actuar conforme a lo allí pactado. Y en ausencia de pacto, la solución existente en nuestro ordenamiento hay que buscarla en la jurisprudencia.

Existe una línea jurisprudencial que entiende que no debe de proceder la recompra del stock por considerar que el mismo forma parte del riesgo

empresarial asumido por el franquiciado. En esta línea podemos citar la Sentencia nº 375/2015, de 20 de octubre, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha Sentencia señala en su Fundamento de Derecho Cuarto, tras exponer que el franquiciador había anunciado la extinción del contrato mediante preaviso, aunque no tenía obligación de hacerlo, que «el hecho de que existiese en poder de Sonitel un stock de mercancías cuya salida pudiera verse afectada por la finalización del contrato es algo que debe ser asumido por esta empresa». En base a este criterio la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia en este punto al tener en cuenta que el contrato no establecía la obligación del franquiciador de recomprar el stock, señalando que «como principio general del derecho, ha de evitarse la posibilidad de un enriquecimiento injusto por parte de Sonitel, ya que de acordarse la indemnización reflejada en la resolución de instancia, esta sociedad se beneficiaría de la misma e igualmente de unas mercaderías cuya devolución a Vodafone no se ha acordado».

Tampoco acuerda la indemnización por stock sobrante la Sentencia nº 33/2013, de 30 de enero, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en este caso por entender que no se acredita por parte del franquiciado que la mercancía se haya quedado en poder de la franquiciadora, al no realizar un inventario de las existencias ni una valoración de las mismas y reclamar por este concepto varios años después, recalando que «siendo además optativo para la demandada la adquisición del material, con más razón le era exigible a quien discrepa ahora, una conducta activa, que no llevó a cabo».

Ni la Sentencia nº 159/2014, de 28 de marzo, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, si bien se refiere no a un contrato de franquicia, sino a un contrato de colaboración que no acaba de definir como de distribución o de importación, entendemos aplicable a este estudio por la similitud con lo visto hasta ahora. En el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia se establece que no procede la condena a la recompra del stock sobrante «ya que ni existe pacto de recompra ni consta que en ningún momento durante la relación existiera un cupo mínimo de compra o la obligación de mantener un determinado stock, ni, en fin, resulta de las actuaciones que las motocicletas y piezas de recambio que tenía la demandante en stock sean de imposible comercialización». En este supuesto se entiende que, no existiendo limitación para la venta del stock ni cláusula de competencia post contractual de ningún tipo, el franquiciado podría vender las mercancías sin limitación no procediendo la indemnización.

En cambio, sí que establecen la obligación de recompra de stock por parte de la franquiciadora las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2010 y de 31 de enero de 2011. La primera de ellas, la Sentencia nº 465/2010 de la Sección Vigésimoprimera, establece que la franquiciadora podía optar por la recompra del stock en los supuestos de finalización normal del contrato, pero que «cuando la resolución del contrato es infundada, y por tanto supone un incumplimiento contractual de la demandada-franquiciadora, aquella cláusula contractual no resulta de aplicación, y la demandada incumplidora debe indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento». Entiende la Sentencia que, entre esos daños y perjuicios indemnizables se encuentra el

stock sobrante, al ser de imposible comercialización por parte de la franquiciada debido a la obligación contractual de no competencia que contenía el contrato.

La segunda de ellas, la Sentencia nº 60/2011 de la Sección Vigésima, entiende que la franquiciadora ejerció la opción de recompra de las mercancías al existir pruebas suficientes que ponen de manifestó la recepción de las mismas por su parte «y por tanto debe reintegrar el valor de todo ello a la demandante, por cuanto lo contrario supondría amparar un enriquecimiento injusto».

Por tanto, como ya se ha indicado, procederá la recompra del stock sobrante si el contrato así lo establece o, si no lo establece, cuando no existe posibilidad de que el franquiciado venda las mercancías tras la resolución del contrato al recaer sobre él prohibición de competencia. Del mismo modo debe de poder exigirse al franquiciador la recompra del stock en el supuesto de que sea él el incumplidor del contrato, siempre y cuando, entendemos, esa sea la opción más favorable para el franquiciado.

4. INDEMNIZACIÓN POR INVERSIONES NO AMORTIZADAS.

Como ha señalado la doctrina⁴⁷⁰, la integración en una red de franquicia conlleva, en la mayoría de ocasiones, que el nuevo miembro adquiera una obligación de organizar su empresa en mayor o menor medida en función de las particularidades de ésta, lo que, obviamente, está directamente

⁴⁷⁰ En extenso, MARTÍ MIRAVALLS, J. El desistimiento unilateral..., cit.

relacionado con la política de inversiones a realizar⁴⁷¹. Normalmente, a mayor integración, mayores inversiones deben realizarse para -y durante- la ejecución del contrato. La regla general es que esas inversiones realizadas por el franquiciado, como empresario independiente que es, forman parte de su riesgo empresarial que asume. Por tanto, para que las inversiones puedan llegar a presentar la condición de daño indemnizable será necesario establecer un criterio de imputación de responsabilidad que se instituya en causa del perjuicio patrimonial producido al franquiciado⁴⁷².

En este sentido se ha afirmado correctamente que, en los contratos de franquicia de duración determinada, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que el distribuidor está en posición de valorar, incluso desde una fase precontractual, si va a poder amortizar la inversión en atención a sus concretas expectativas de ganancias⁴⁷³. El riesgo sobre la amortización de las inversiones forma parte de riesgo empresarial asumido por él y, por tanto, expirado el tiempo del contrato y producida la extinción

⁴⁷¹ Como señala ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *Problemas de política jurídica...*, cit., pág. 41: *“en la actualidad, la colaboración entre los empresarios integrados en una misma red implica que el organizador de la misma obliga a la realización de inversiones específicas que se realizan en su interés y por su indicación expresa. Los distribuidores probablemente podían conseguir resultados análogos sin necesidad de realizar dichas inversiones, que son forzadas para el mayor lucimiento y promoción de la marca del proveedor o para el cumplimiento del método operativa que este diseña”*. Siendo ello cierto, también lo es que conseguir una *“imagen de marca”* se trata de un interés legítimo de la red. El problema está en que hasta el momento no se ha ofrecido una adecuada solución a la ecuación *“inversiones-desistimiento-indemnización”* que organice adecuadamente los distintos intereses en juego -de ahí la oportunidad de este trabajo-.

⁴⁷²MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 308.

⁴⁷³ MARTÍ MIRAVALLS, J. *El desistimiento unilateral...*, cit., pág. 118-119.

regular del mismo, no procede ningún planteamiento indemnizatorio⁴⁷⁴. En cambio, en los contratos de duración indeterminada, la ausencia de un referente temporal, unida a la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* sometida al preaviso, altera significativamente la regla de que las inversiones realizadas por el franquiciado son siempre riesgo empresarial asumido por éste.

Aunque la mayoría de contratos de franquicia son de duración determinada, en la realidad del tráfico también existen no pocos contratos de franquicia de duración indeterminada, bien porque son contratos de duración determinada que se han seguido ejecutando tras el cumplimiento del plazo –sin que se trate de una prórroga–, bien porque son contratos verbales –que, aunque no son habituales, existen en el tráfico–.

En el presente apartado tratamos de analizar, en primer lugar, qué entendemos por inversiones no amortizadas, con el fin de delimitar qué tipo de gastos podemos incluir en la solicitud de indemnización por este concepto y qué otros son incompatibles con el mismo. En segundo lugar, analizaremos en qué tipo de contratos de franquicia podemos reclamar una indemnización por inversiones no amortizadas y si debemos de tener en cuenta algún tipo de requisito específico para ello. Por último, y como venimos haciendo con todos los efectos derivados del incumplimiento del

⁴⁷⁴ Por todos, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 308, quien señala que: “puede afirmarse que en estos contratos de duración determinada no concurre, en puridad, la noción de gastos de confianza y que, por tanto, el riesgo de una falta de amortización de las inversiones específicas durante el período en que el contrato despliega sus efectos debe ser soportado por el distribuidor”. En la doctrina comparada, PARDOLESI, R., *I contratti di...*, cit., pág. 325.

contrato de franquicia, realizaremos un análisis de la jurisprudencia española en torno a la indemnización que ahora tratamos.

Debemos matizar, antes de continuar con el presente tema, que la indemnización por inversiones amortizadas puede traer causa de un incumplimiento contractual pero también de un desistimiento del contrato sin que se haya producido tal incumplimiento. Analizaremos la indemnización en ambos casos por entender que, aunque también se produzca sin incumplimiento, y no siendo éste el tema concreto de nuestro trabajo, tiene la suficiente relevancia para atender los dos supuestos.

En los proyectos legislativos encontramos siempre un precepto que trata la indemnización por inversiones no amortizadas bajo el epígrafe de “amortización de inversiones específicas”, aunque la redacción del mismo pueda diferir en algo de unos a otros⁴⁷⁵. Por inversión específica se entiende toda aquella inversión *«que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor»*⁴⁷⁶.

El artículo 26.2 de la Proposición de Ley del año 2008, además de la definición, señala de forma específica qué tipo de gastos son los que se

⁴⁷⁵ El único proyecto que no cuenta con un artículo con el citado epígrafe es el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, aunque también trata la indemnización por inversiones específica en su artículo 25 bajo el epígrafe de «indemnizaciones a la extinción del contrato».

⁴⁷⁶ Esta es la definición que recoge el artículo 24.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2006, el artículo 26.2 de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008 y el artículo 543-22.2 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013.

incluyen dentro del concepto, estableciendo los siguientes: «a) *Los gastos que haya realizado en el ejercicio de su actividad siguiendo las instrucciones del proveedor o que deriven del sistema de comercialización que se establezca que no hayan sido amortizados y que redunden en beneficio de la otra parte al finalizar el contrato.* b) *Las indemnizaciones al personal laboral del que haya de prescindir por efecto de la extinción del contrato.* c) *Cualquier otro coste o gasto que se derive del cese de la actividad contractual*».

Las notas que se incorporan en el 2008 relativas a que los gastos deben de ser instruidos por el franquiciador se mantienen en el Proyecto del año 2011, que incluye también que estas inversiones deben de ser «realizadas en interés del negocio del principal»⁴⁷⁷. En este Proyecto, además, se señalan qué inversiones no tienen la consideración de específicas y, por lo tanto, no serían indemnizables en el supuesto de resolución del contrato, siendo las mismas las inversiones ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas fiscales vigentes y las inversiones genéricas propias del normal devenir empresarial del franquiciado.

Vistas las distintas definiciones de inversiones específicas como concepto indemnizable, podríamos concluir que serían indemnizables en el supuesto de la resolución del contrato de franquicia los gastos o inversiones realizadas siguiendo las instrucciones del franquiciador, y que no hubiesen

⁴⁷⁷ El artículo 25.3 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 define las inversiones específicas como «*las inversiones instruidas y realizadas en interés del negocio del principal que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos, no tengan posibilidad de reventa, o que solo puedan serlo con grave pérdida para el inversor*».

sido amortizadas en el momento de la resolución, y que, además, no puedan ser aprovechadas por el franquiciado.

La doctrina ha señalado que lo relevante de la indemnización por inversiones no amortizadas no sería el posible uso o no de las mismas por el franquiciado, sino el carácter instruido de las inversiones cuando son necesarias para la correcta ejecución del contrato⁴⁷⁸.

Hemos de tener en cuenta que, en el contrato de franquicia, nos encontramos ante una relación en la que el franquiciado debe realizar una serie de inversiones ordenadas por el franquiciador con el fin de que su establecimiento mantenga una imagen de marca unitaria con el resto de los locales de la red. Estas inversiones, pese a entenderse necesarias en la relación de franquicia, no podrán ser aprovechadas por el franquiciado de ningún modo si la relación finaliza.

En cambio, no creemos que se deban de incluir en la indemnización por inversiones no amortizadas, como incluía la Proposición de Ley del año

⁴⁷⁸ En este sentido podemos citar a MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 117, a VÁZQUEZ ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», *Los contratos...*, cit., pág., 193 o a MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 310, si bien este último refiriéndose al contrato mercantil de concesión.

Al respecto, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista...*, cit., pág. 47 indica que «sólo aquellas inversiones que obedecen al requerimiento del mandante empresario principal deberían recibir tal consideración». También entiende que las inversiones indemnizables deben ser instruidas por el franquiciador, no sirviendo los gastos asumidos voluntariamente por el franquiciado, al formar parte estos últimos de la autonomía de gestión propia del empresario independiente GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., págs. 354-355, si bien este autor realiza estas afirmaciones para los contratos de distribución en general.

2008, ni las indemnizaciones al personal laboral ni cualquier otro coste derivado del cese de la actividad contractual.

En efecto, con respecto a las indemnizaciones al personal laboral parece que las mismas son inversiones de gestión ordinaria del negocio y que, por lo tanto, tampoco deberían incluirse en la indemnización por inversiones no amortizadas, puesto que son consecuencia de la finalización del contrato independientemente del modo en el que el mismo finalice, no siendo un concepto indemnizable en caso de extinción regular del contrato⁴⁷⁹.

El segundo de los aspectos que debemos analizar con respecto a la indemnización por inversiones no amortizadas es si podemos reclamar la misma ante la terminación de cualquier tipo de contrato de franquicia. Debemos indicar en primer lugar que, no existiendo precepto legal al respecto, cabe el pacto de exclusión de cualquier tipo de indemnización relacionada con la falta de amortización de las inversiones realizadas durante la vigencia del contrato, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es decir, es válido el pacto de exclusión del derecho, tal y como se ha recogido, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002, de 9 de julio de 2008, de 13 de abril de 2010 o de 25 de abril de 2011.

⁴⁷⁹ Es de esta opinión también MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 116. VÁZQUEZ ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», *Los contratos...*, cit., pág. 193, también excluye los gastos corrientes como los procedentes de reestructuración del personal. De la misma opinión es GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., págs. 352-353, quien además de excluir los gastos derivados de la contratación del personal laboral excluye otros de mera gestión como los derivados de la realización de la escritura pública notarial para la constitución de la sociedad o su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

Como ya se ha apuntado, la indemnización no procederá en los supuestos en los que nos encontremos ante un contrato de duración determinada que finalice por el transcurso del plazo convenido, pero sí que podrá declararse cuando nos encontremos ante un contrato de duración indefinida, o ante un contrato de duración determinada que finalice por incumplimiento del franquiciador antes de plazo.

No procederá la indemnización por la finalización al llegar el plazo en los contratos de duración determinada puesto que las inversiones realizadas por el franquiciado, en su condición de empresario independiente, forman parte del riesgo empresarial que asume, por lo que el mismo puede y debe valorar desde la fase precontractual si va a poder amortizar la inversión que va a realizar teniendo en cuenta las ganancias que obtendrá durante un plazo determinado de antemano⁴⁸⁰.

Con respecto a la indemnización en los supuestos en los que nos encontremos ante un contrato de franquicia de duración indefinida cabe la misma en determinados supuestos. Como es sabido, en este tipo de contratos las partes pueden desistir de forma unilateral del mismo respetando una serie de requisitos, como el plazo de preaviso y la necesidad de mantener un comportamiento dentro del principio de buena fe que regula la relación de confianza que han mantenido las partes.

⁴⁸⁰ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., págs. 100-101, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 521-522, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil...*, cit., pág. 308 o GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., pág. 349.

La finalidad del preaviso es la de evitar una ruptura sorpresiva y permitir a la otra parte adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la situación que le va a generar la extinción del contrato⁴⁸¹. La falta del preaviso necesario, si bien no invalida el desistimiento unilateral, sí que tiene relevancia a efectos indemnizatorios⁴⁸².

Ahora bien, aunque exista el preaviso y se acepte la resolución unilateral, nacerá el derecho a la indemnización por inversiones no amortizadas cuando las mismas hayan sido instruidas por el franquiciador, y no hayan podido ser amortizadas por el franquiciado debido, precisamente, a la finalización del contrato sin haber transcurrido el tiempo necesario para dicha amortización⁴⁸³.

Esta opción es también la que acogían la redacción de los distintos proyectos legislativos reguladores de los contratos de distribución. Así, el artículo 24.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de

⁴⁸¹ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., pág. 105.

⁴⁸² Sobre estos efectos y la incompatibilidad de la indemnización por amortizaciones indebidas y la indemnización por daños y perjuicios del Derecho Común nos remitimos a MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., págs. 110-115 y a VÁZQUEZ ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», *Los contratos...*, cit., pág. 191.

⁴⁸³ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «Desistimiento unilateral...», cit., págs. 108-109, que habla de indemnización por daños *sui generis* y entiende que para la aplicación de la misma se requiere una serie de presupuestos como son: que el contrato sea de duración indeterminada, que se ejercite el derecho de desistimiento unilateral cumpliendo con el preaviso y que la extinción no permita la amortización de ciertas inversiones. También entiende que debe prosperar la indemnización por inversiones no amortizadas cuando la duración del contrato no ha sido suficiente para la amortización de las inversiones GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., págs. 355-356.

Distribución del año 2006 establecía que «*los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar*» y el apartado 3 del mismo artículo añadía que «*la terminación del contrato sin respetar el plazo al que se hace referencia en el apartado primero determinará la obligación de indemnizar al distribuidor, o al suministrador, el valor de las inversiones específicas*»⁴⁸⁴.

Si bien en el primer apartado sólo menciona los contratos por tiempo indeterminado, en el apartado tercero la referencia se realiza a la terminación del contrato sin respetar el plazo de amortización, por lo que entendemos que se podría aplicar también a los contratos de duración determinada cuando, como consecuencia del incumplimiento del franquiciador se resuelven *ante tempus*⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ En los mismos términos se redactaron los apartados 1 y 3 del artículo 543-22 de la Propuesta de Código Mercantil del año 2013.

⁴⁸⁵ No obstante, hay autores que no opinan de la misma manera al entender que la indemnización por inversiones no amortizadas rige para los contratos de duración indeterminada, pero no en los supuestos en los que el franquiciador denuncie un contrato de duración determinada antes del tiempo pactado, puesto que dicha denuncia supondría un incumplimiento contractual ante el que cabría indemnización por daños y perjuicios, que incluiría los gastos por inversiones, pero no la indemnización por inversiones no amortizadas como tal. En este sentido VÁZQUEZ ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», *Los contratos...*, cit., págs. 190-191, este mismo autor en VÁZQUEZ ALBERT, D., «Las indemnizaciones...», cit., pág. 82 o ECHEBARRÍA SÁENZ, J.I., *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 524-525, que entiende que «en los contratos a plazo o tiempo definido, la previsión originaria del periodo de amortización excluye inicialmente cualquier planteamiento indemnizatorio que no derive directamente del incumplimiento contractual», por lo que los gastos, instruidos o no por el franquiciador, se entienden comprendidos en la previsión de amortización y el contenido del daño en caso de resolución anticipada debe ponerse en contacto con la justificación de

Además, la posibilidad de aplicar la indemnización en la terminación por resolución como consecuencia del incumplimiento del franquiciador cumple con los requisitos necesarios para la aplicación de la misma estudiada para los contratos por tiempo indefinido o indeterminado, es decir: se han instruido las inversiones y no se permite, por falta de transcurso de tiempo necesario, la amortización de las mismas. Máxime cuando las partes habían pactado un plazo que, como hemos apuntado antes, había permitido al franquiciado valorar la posibilidad de amortizar su inversión al decidir empezar el negocio.

Esta posibilidad venía recogida por el artículo 26.3 de la Proposición de Ley de Contratos de Distribución del año 2008, donde se indicaba que la obligación de indemnizar se producía por la terminación del contrato por tiempo indefinido sin respetar el plazo de amortización, y por *«la resolución anticipada de un contrato de duración determinada antes de la fecha del vencimiento pactado»*. También recogía la posibilidad de indemnización por inversiones no amortizadas para los contratos de duración determinada el artículo 25.1 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, aunque en este caso se habla de la denuncia sin justa causa, o sin que haya

la responsabilización, que puede devenir de diversos incumplimientos contractuales pero que no posee representación alguna en orden a los llamados gastos de confianza. No obstante, este autor ha mantenido con posterioridad que sí que puede existir daño consistente en inversiones no amortizadas en el contrato a tiempo determinado *«cuando el contrato se resuelva anticipadamente o no se otorgue plazo suficiente para dicha amortización por causa no imputable al rescindido»*, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *«Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución»*, *Revista...*, cit., pág. 46.

transcurrido el plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones.

Por lo tanto, cabe la indemnización por inversiones no amortizadas tanto en la denuncia de los contratos de franquicia de duración indeterminada como en la resolución de los contratos de franquicia que sean consecuencia del incumplimiento del franquiciador, independientemente de la duración de los mismos y siempre y cuando se den los requisitos necesarios que hemos apuntado.

Sin embargo, no parece posible reclamar la indemnización por inversiones no amortizadas en los supuestos en los que el contrato se resuelva por incumplimiento del franquiciado, puesto que estaríamos beneficiando al incumplidor de la situación por él generada y perjudicando doblemente al cumplidor del contrato, que vería resuelta una relación que le venía generando unos beneficios y, además, tendría que indemnizar al infractor⁴⁸⁶.

Pese a que hemos venido planteando en el presente apartado la posibilidad de aplicar la indemnización en los supuestos en los que el incumplidor sea el franquiciador y el que haya realizado las inversiones sea el franquiciado, ello ha sido así porque es el hecho que se produce en la

⁴⁸⁶ Esta es la opción que recogen también los distintos proyectos. Tanto el artículo 24.3 de la Propuesta del año 2006, como el artículo 26.3 de la Proposición del año 2008, el artículo 25.7 del Proyecto del año 2011 y el artículo 543-22.3 de la Propuesta del año 2013 exceptúan la indemnización en los supuestos en los que la extinción del contrato sea consecuencia de incumplimiento esencial o de justa causa. Es de esta misma opinión VÁZQUEZ ALBERT, D., «Las indemnizaciones...», cit., pág. 83, si bien para el contrato de concesión.

mayoría de ocasiones. No obstante, podría darse el supuesto de que el franquiciador haya realizado inversiones a favor de los franquiciados y, como consecuencia del incumplimiento del franquiciado, no pueda amortizar las mismas. En estos supuestos entendemos que, si se dan los requisitos expuestos para la aplicación de la indemnización, el franquiciador también podría reclamar la misma en el caso de resolución por incumplimiento del franquiciado⁴⁸⁷.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial de la indemnización por inversiones no amortizadas en las relaciones contractuales de franquicia debemos apuntar que no existen demasiadas sentencias al respecto. En algunas de ellas, además, la indemnización relacionada con las inversiones no amortizadas, como son los supuestos de acondicionamiento del local o de activos utilizados para el desarrollo del negocio franquiciado, se tratan conjuntamente con otros conceptos indemnizables dentro de una solicitud de indemnización genérica por daños y perjuicios. Debido a esta falta de jurisprudencia hemos incluido también alguna sentencia que resuelve la indemnización por inversiones no amortizadas en el entorno del contrato de distribución, por entender que lo allí recogido es trasladable al contrato de franquicia.

⁴⁸⁷ En este sentido, y haciendo referencia a los contratos de abanderamiento se posiciona MARTÍ MIRAVALLS, J., «Gastos de confianza o inversiones específicas. ¿Qué debería ser objeto de indemnización en la Ley de Contratos de Distribución?», *La reforma de los contratos de distribución comercial* (dir. JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y RUIZ PERIS, J.I.), La Ley, 2013, págs. 506-507. La misma opinión la comparte también para los contratos de distribución GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos...*, cit., pág. 352.

Entre las resoluciones que no conceden la indemnización se encuentra la Sentencia nº 274/2007, de 31 de mayo, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid. Esta Sentencia, pese a declarar la resolución del contrato de franquicia como consecuencia del incumplimiento del franquiciador, entiende que no procede la indemnización solicitada por el franquiciado respecto de los gastos de remodelación del local porque las obras redundaron en beneficio del franquiciado que continuó con el negocio.

En sentido similar la Sentencia nº 334/2008, de 8 de julio, de la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, tampoco concede una indemnización por las inversiones realizadas en la adquisición de dos vehículos que no habían sido amortizados porque quedó acreditado «que la actora prestaba durante la vigencia del contrato sus servicios para otras empresas competidoras de la demandada, y que ha seguido prestando esos servicios con posterioridad al desistimiento unilateral de la actora, no habiendo sido además dichos vehículos entregados a la demandada, por lo que de estimarse la pretensión de la demandante se produciría un enriquecimiento sin causa de la actora en detrimento de la demandada».

Tampoco entiende que sean gastos indemnizables los derivados de la instalación, acondicionamiento y decoración del local por continuar el franquiciado con la explotación del mismo, tras resolver el contrato, la Sentencia nº 392/2016, de 17 de octubre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya que dichas inversiones «no han generado perjuicio para la actora y de admitirlo así se generaría un enriquecimiento injusto por su parte». El mismo tratamiento otorga a los

gastos inherentes a la puesta en funcionamiento del local como son los derivados de los permisos y licencias, al resultar necesarios para el funcionamiento de cualquier negocio, así como a la necesidad de obtener un préstamo bancario para iniciar la actividad y a las existencias iniciales, por cuanto «tales cantidades no pueden considerarse daño derivado de un contrato de franquicia, sino del devenir de la normal y generalizada incertidumbre del mercado».

Como vemos en ninguna de las sentencias anteriores se valora ni siquiera si los gastos han sido inducidos o no por el franquiciador, primando la continuación en el uso de los bienes por parte del franquiciado. En casos como éstos no puede existir indemnización por la no amortización de los bienes, aunque la misma se reclame, puesto que el uso de los mismos continúa produciendo la amortización aunque no exista ya contrato de franquicia.

No concede tampoco la indemnización por inversiones realizadas por el franquiciado la Sentencia nº 347/2013, de 7 de mayo, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid. En este caso se resuelve la solicitud de indemnización de un franquiciado que había realizado unos gastos para la apertura de una segunda franquicia con anterioridad a la firma de ese segundo contrato de franquicia. El Fundamento Decimoctavo de la Sentencia entiende que no procede dicha indemnización relacionada con inversiones de adecuación del local, rentas satisfechas, etc., porque no se había llegado a firmar el contrato de franquicia y porque «es esa una inversión que el que aspira a la concesión de la franquicia sabe que tiene que realizar, a su riesgo, sin que le asegure la

consecución del fin propuesto, y sin que, caso de romperse las negociaciones, dé derecho a indemnización». Añade la Sentencia que «tampoco puede ser incluido en la pretendida indemnización el coste de la realización de obras. En este caso, el representante de la reconviniente era consciente que esas obras no debía realizarlas hasta tener firmado el contrato y si se empeñó, no obstante, en realizarlas, sólo se debe a su decisión, sabiendo el riesgo que corría y que asumía».

Tampoco entra a valorar la Audiencia si las inversiones reclamadas habían sido inducidas por el franquiciador. Pese a que el contrato no se había firmado todavía existía ya entre las partes un acuerdo de franquicia que hace que la relación entre ellas tuviese un marcado carácter de confianza, lo que podría haber inclinado al franquiciado a realizar las inversiones en el local pese a no haber firmado todavía el segundo contrato. En un supuesto como éste quizás sí que habría que analizar en qué términos se llevaron a cabo las obras, si fueron inducidas por el franquiciador en base a la confianza preexistente o no, aunque, evidentemente, no podríamos reclamar las mismas en base a un incumplimiento contractual, puesto que no se había firmado el contrato.

La Sentencia nº 375/2015, de 20 de octubre, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve sobre una reclamación de daños y perjuicios por la resolución de un contrato de agencia y otro de franquicia firmados por las mismas empresas. En este caso la Audiencia entiende que no procede la reclamación de daños solicitada por el franquiciado porque la terminación del contrato lo fue por la llegada del plazo convenido, no existiendo incumplimiento del franquiciador ni, por tanto, posibilidad de

reclamar la indemnización. Además, la Sentencia declara que los gastos que se reclamaban, que correspondían a suministros, contrataciones y gastos financieros, «no pueden repercutirse a Vodafone, por venir generados en el ejercicio de la actividad empresarial de aquella compañía», añadiendo que al tener los contratos una duración determinada «las partes debían ser conscientes de que podían o no suscribir otros, y así actuar en consecuencia para enfrentarse a cualquiera de los dos escenarios posibles».

En los contratos de duración determinada, como se ha indicado, no es posible reclamar la indemnización por inversiones no amortizadas cuando el contrato finaliza por la llegada del plazo al haber tenido la posibilidad el franquiciado de estudiar la adecuada amortización de las inversiones que debía realizar con anterioridad a suscribir el contrato. En esta Sentencia también se recoge que no todas las inversiones realizadas se pueden incluir en la solicitud de indemnización, puesto que las que derivan del ejercicio normal de la actividad sin ser inducidas por el franquiciador o aquellas que el franquiciado debe realizar en el ejercicio normal de la actividad, independientemente de operar bajo un contrato de franquicia o no, no son indemnizables por la finalización del contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 356/2016, de 30 de mayo⁴⁸⁸, en su Fundamento de Derecho Sexto, analiza la solicitud de indemnización por inversiones no amortizadas. La Sala entiende que el artículo 29 de la Ley del Contrato de Agencia, que establece la indemnización por inversiones no amortizadas, es aplicable por analogía al contrato de distribución cuando

⁴⁸⁸ Esta Sentencia resuelve sobre un contrato de distribución, pero entendemos que la resolución dictada puede ser totalmente trasladable a la relación de franquicia.

las inversiones se hubieran hecho en cumplimiento del contrato, «es decir, si el principal indujo o impuso al distribuidor la realización de determinadas inversiones y le remitió al ulterior desenvolvimiento del contrato para su amortización». Matiza la Sentencia que la indemnización por inversiones no amortizadas es una indemnización del daño emergente, y no del lucro cesante, y sólo de las denominadas inversiones específicas, «es decir, las que pierden su valor a la terminación del contrato». En el caso concreto el Tribunal entiende que la indemnización por inversiones no amortizadas, referidas a gastos de publicidad, no procede al no haber sido impuestas por el principal, sino que habían sido pactadas libremente por ambas partes.

La Sentencia nº 144/2005, de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, por su parte admite la indemnización por una serie de gastos y la rechaza por otros. Entiende que sí que son indemnizables la cantidad reclamada por el franquiciado en concepto de gastos efectuados por obras realizadas para acomodar el negocio a las características requeridas por la franquiciadora, así como los originados por licencias de obras y honorarios de arquitectos. Rechaza sin embargo la indemnización reclamada por cantidades como alquiler, sistemas de seguridad, recibos de luz y teléfono, etc., por entender que se tratan todos ellos «de pagos que debieran haberse realizado en todo caso y no venir directamente relacionados con el contrato aquí examinado o bien porque se trata de adquisiciones de productos de los que la demandante se ha beneficiado o se ha podido beneficiar». La Sentencia rechaza la indemnización solicitada cuando los gastos derivan de la actividad empresarial normal, de manera independiente al contrato de franquicia, y

cuando el franquiciado ha podido aprovecharse de los productos adquiridos, por lo que, además, dicho gasto ya estaría amortizado o no sería amortizable.

Por su parte, en cuanto a las sentencias que sí que conceden la indemnización por inversiones no amortizadas solicitada por el franquiciado, se encuentra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 1999. Esta Sentencia, tras declarar el incumplimiento del contrato de franquicia por parte del franquiciador, recoge en su Fundamento de Derecho Duodécimo la indemnización a favor del franquiciado por la deuda que el mismo mantenía por compra de vehículos y por la de mobiliario, adquiridos mediante contratos de financiación, así como por las mejoras realizadas en los locales donde se ejercía la actividad. Entiende la Sentencia que la resolución unilateral e injustificada del franquiciador supuso la ruina del franquiciado, por lo que estimó procedente la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código Civil⁴⁸⁹.

La Sentencia nº 486/2008, de 21 de noviembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, condena a la franquiciadora al abono de la cantidad correspondiente a la inversión realizada y no amortizada por la franquiciada como consecuencia del incumplimiento del pacto de exclusiva, al haber realizado competencia en la zona asignada a la franquiciada a

⁴⁸⁹ En este sentido, la Sentencia nº 483/2012, de 15 de octubre, de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, establece como daño emergente derivado de la resolución los gastos acreditados por la franquiciada para adecuar su negocio a las condiciones exigidas por el contrato de franquicia.

través de otro local, de la misma actividad, pero distinta marca, también perteneciente al grupo empresarial de la franquiciadora. Motivo por el que la actuación de la franquiciadora impidió la completa amortización por parte de la franquiciada.

Por el mismo tipo de incumplimiento también establece la indemnización por inversiones no amortizadas la Sentencia nº 277/2011, de 24 de marzo, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra. En la parte final de su Fundamento de Derecho Tercero expone que «se han acreditado innegables gastos de inversión y adecuación, muchos de ellos realizados en virtud de instrucciones de la franquiciadora, que no han sido amortizados por la franquiciada al no poder completar el período contractual convenido». En esta resolución se declara como procedente la indemnización por daños y perjuicios a favor del franquiciado pese a que declara la resolución del contrato de franquicia como consecuencia del incumplimiento recíproco de ambas partes.

Como hemos podido analizar en las anteriores sentencias, los tribunales no imponen la indemnización por inversiones no amortizadas con base a distintos criterios, como pueden ser que el franquiciado continúe en el uso de los bienes, por lo que la amortización real se sigue produciendo, que las inversiones o gastos sean consecuencia del ejercicio normal de la actividad empresarial y no sean consecuencia directa del contrato de franquicia o que las inversiones no hayan sido impuestas o inducidas por el franquiciador.

En cambio, las sentencias analizadas que resuelven la aplicación de la indemnización por inversiones no amortizadas lo hacen en base al criterio de la imposición por parte del franquiciador, por lo que el criterio de la inducción de los gastos por parte del franquiciador es clave a la hora de determinar la procedencia de la indemnización por inversiones no amortizadas.

5. INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y SU MODERACIÓN.

Tras haber realizado el análisis de alguno de los principales efectos que se derivan de la resolución por incumplimiento del contrato de franquicia resulta abordar en este último apartado la posibilidad de aplicación a favor de la parte cumplidora de la cláusula penal, en el supuesto de que la misma venga recogida en el contrato, dada la habitualidad de la cláusula en tráfico económico.

La cláusula penal se establece dentro de la capacidad de negociación o pacto que tienen las partes derivadas del principio de autonomía de la voluntad que les otorga el artículo 1.255 del Código Civil. Se trata de un pacto accesorio. Por ello, no tiene cabida si no ha sido incluida por las partes en el contrato, ni para supuestos distintos a los que se pactó. Y no procede, aunque parezca obvio, en los supuestos en los que el incumplidor sea el franquiciador⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Así lo establece la Sentencia nº 137/2006, de 21 de marzo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que ante una reclamación de indemnización por cláusula penal solicitada mediante reconvencción por el franquiciador demandado, señala que «respecto de la cláusula penal que reclama la parte demandada y actora

Se incluye su estudio de forma independiente a los efectos patrimoniales derivados del incumplimiento porque, aunque su efecto directo sea económico, puesto que su resultado será la imposición por parte del tribunal de una cuantía económica para el incumplidor, la cláusula penal puede incorporarse o venir derivada del incumplimiento de uno de los efectos no patrimoniales que hemos estudiado, por ejemplo, se puede aplicar como consecuencia de que el franquiciado no cumpla con la prohibición de competencia post-contractual resultante de la finalización del contrato.

Funcionalmente, la cantidad que determinen las partes en el contrato, representa una valoración anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, dispensando con ello al acreedor de la prueba cuantitativa de los mismos, con independencia del daño real que se haya causado, sustituyendo, por tanto, las sumas estipuladas a la indemnización que podría percibir la parte perjudicada por el incumplimiento⁴⁹¹.

reconvencional, su aplicación no puede prosperar y ello, precisamente, porque es dicha parte la que ha incumplido la relación contractual y porque, además, falta el requisito necesario del requerimiento previo de la franquiciadora a la franquiciada».

⁴⁹¹ En este sentido PALAZÓN GARRIDO, M^a. L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Aranzadi, 2014, págs. 226-227. El artículo 1.152 del Código Civil indica que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». En un sentido similar para el contrato de concesión se expresa VÁZQUEZ ALBERT, D., «Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (II)», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 105, núm. 2, 2006, págs. 66-67, al señalar que «las partes pueden pactar una cláusula penal que determine la indemnización por daños y perjuicios. Dicha cláusula tiene una función liquidadora de los daños ex art. 1.152 CC y vincula a las partes con independencia de que los daños efectivamente producidos sean mayores o menores que los previstos». Así lo establece, por ejemplo, la Sentencia n^o 595/2012, de 18 de diciembre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de

No obstante la posibilidad de que las partes, en virtud de su autonomía, puedan pactar la cantidad que consideren oportuna como resarcimiento de los posibles daños que se pudiesen derivar del incumplimiento, dicha cantidad podrá ser reducida por el juez en el supuesto de que la misma resulte excesiva o desproporcionada en relación con los daños efectivamente producidos y atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁴⁹². Además, debemos de tener en cuenta que el artículo 1.154 del Código Civil exige que para la moderación judicial de la pena haya existido un principio de cumplimiento, por lo que si el incumplimiento es total no cabe moderación⁴⁹³.

Pero la función de la cláusula penal, además de la de fijar la cantidad indemnizatoria de forma previa y sin necesidad de posterior prueba efectiva del daño producido, es también la de reforzar el cumplimiento de la obligación que acompaña. Ante la amenaza de la pena el deudor se

Barcelona, que admite la procedencia de la cantidad de 60.000.-€ pactada en el contrato de franquicia prevista para el caso de incumplimiento de alguna obligación asumida en el contrato, sin necesidad de acreditar ni la existencia ni el importe de los daños reales. Con base en el final del artículo se puede establecer la cláusula penal como sustitutiva de la indemnización, pero también de forma acumulativa. Es decir, se podría establecer una cantidad como pena y solicitar también la cantidad real y tasada a la que asciendan los daños efectivamente sufridos.

⁴⁹² PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., *Los remedios...*, cit., pág. 228 y MONTÉS PENADÉS, V., «La responsabilidad por incumplimiento», *Derecho civil...*, cit., pág. 153.

⁴⁹³ El artículo 1.154 del Código Civil establece que «*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*».

Se muestra de acuerdo con la exclusión de la moderación en los casos en los que la obligación haya sido incumplida en su totalidad MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 274.

encontrará más constreñido a realizar la prestación debida⁴⁹⁴. Esta función se observa con claridad cuando la cláusula penal se establece para garantizar las obligaciones que se imponen en el contrato de franquicia con carácter post-contractual, como pueden ser la ya citada de prohibición de competencia o la de retirada de rótulos y no uso de elementos corporativos, donde se suele establecer una indemnización por cada día que transcurre sin que el franquiciado cumpla con dichas obligaciones.

La Sentencia nº 357/2011, de 9 de noviembre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, realiza en su Fundamento Jurídico Octavo un estudio bastante exhaustivo de las distintas funciones que tienen las cláusulas penales en los contratos de franquicia⁴⁹⁵, señalando que «conforme al tenor del artículo 1152.1 y atendiendo a la práctica, la función característica y propia de la cláusula penal estriba en ser una previsión negocial sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios para el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación».

⁴⁹⁴ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial...*, cit., pág. 136 y SALVADOR ORTEGA, J., y FLORISTÁN ZAPATERÍA, J., «Extinción del contrato de franquicia y obligaciones post-contractuales», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015, pág. 645, quienes hablan también del papel disuasorio para el franquiciado del establecimiento de la cláusula penal.

⁴⁹⁵ Otras sentencias que realizan un acercamiento a las funciones de la cláusula penal en los contratos de franquicia hacen referencia a dos funciones de la misma, como son la coercitiva y la liquidatoria. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia nº 334/2010, de 25 de junio, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999, señala que «la naturaleza de la citada cláusula es doble: por una parte ejerce una función coercitiva para que el obligado por ella tenga un acicate para el cumplimiento exacto de su obligación principal; por otra, representa una función liquidatoria, sustitutiva de los daños y perjuicios, a los que valora anticipadamente». También recoge estas dos funciones la Sentencia nº 187/2016, de 12 de mayo, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, ésta con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016.

Entiende la sentencia que la pena es sustitutiva o compensatoria cuando las partes valoran anticipadamente los daños que el incumplimiento pueden ocasionar y que «siendo una valoración anticipada, ni que decir tiene que la cuantificación prevista por las partes no tiene por qué guardar correlación alguna con los futuros y eventuales daños y perjuicios», eximiendo al acreedor del deber de probar la efectiva existencia de los daños y su evaluación.

La segunda de las funciones señaladas por la Sentencia es la cumulativa, «en cuanto la reclamación del acreedor acumula, adiciona o agrega la pena y el cumplimiento (o la pena y la indemnización común, por falta de cumplimiento o resolución del contrato)». Esta segunda función se daría en los supuestos en los que, como señala el artículo 1.153 del Código Civil, haya sido otorgada por las partes de forma clara, por lo que entendemos necesaria su inclusión en el contrato⁴⁹⁶.

La tercera función que recoge la Sentencia es la de constituirse como cláusula de garantía, ya que al constituir «un medio de garantizar el cumplimiento de la obligación, participa de las características que definen el concepto de garantía, dado que realmente se pretende agravar la responsabilidad del deudor, conстриéndolo a un cumplimiento regular, asegurando la satisfacción del crédito». Como consecuencia de ello añade

⁴⁹⁶ Así lo recoge el Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia nº 606/2011, de 14 de diciembre, de la Sección Decimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando impone a un franquiciado una indemnización por daños y perjuicios y una cantidad como aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato por incumplimiento de la prohibición de continuar con el uso del local franquiciado.

un plus de onerosidad al convenio para la parte que no cumple la obligación, actuando de manera precautoria «como estimulante para la adecuada y perfecta ejecución negocial».

Esta Sentencia, además, señala que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la cláusula penal que sustituye la indemnización debe interpretarse de forma restrictiva al ser una excepción al régimen general de las obligaciones. Esta interpretación restrictiva también la acogen otras sentencias, como la nº 334/2010, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante que, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000, declara no aplicable una cláusula penal establecida para el supuesto de demora en los pagos a un supuesto distinto, o la Sentencia nº 187/2016, de 12 de mayo, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

También la Sentencia nº 138/2016, de 7 de abril, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid que declara no aplicable una cláusula penal establecida para el supuesto de no retirada de signos distintivos tras la finalización del contrato, porque la resolución extrajudicial no fue admitida por la franquiciada y, en base a la litigiosidad existente entre las partes, la Sentencia entiende que la cláusula no se podía aplicar hasta que fue efectiva la resolución por confirmación judicial, fecha en la que ya se habían retirado los signos. Y la Sentencia nº 460/2016, de 18 de noviembre, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, que señala que «las cláusulas penales han de ser objeto de interpretación restrictiva, ya que suponen una excepción al régimen normal del cumplimiento de las obligaciones al sustituir la indemnización por la pena

estipulada». En el caso concreto que estudia la Sentencia esa interpretación restrictiva supone la aplicación de la indemnización establecida para el pacto de no competencia de forma extensiva incluyendo en la misma otra de las indemnizaciones establecidas.

La jurisprudencia también realiza un detallado estudio de la capacidad moderadora de la cláusula penal, exponiendo los supuestos en los que no puede aplicarse la facultad moderadora de los tribunales y debe aplicarse la cláusula penal en la cuantía pactada, que son los de incumplimiento total⁴⁹⁷ y los supuestos en los que las partes hayan previsto el supuesto de incumplimiento parcial, defectuoso o extemporáneo⁴⁹⁸.

Se entiende que la aplicación de la moderación no depende de la buena o mala fe del deudor, sino de que exista cumplimiento parcial de la obligación, procediendo la moderación siempre que se produzca el mismo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ La Sentencia nº 520/2005, de 15 de diciembre, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante declara la no moderación de la pena pactada en un supuesto de incumplimiento total coincidente con el pactado por las partes en el contrato.

⁴⁹⁸ Así lo establece también la Sentencia nº 138/2016, de 7 de abril, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2015, la Sentencia nº 392/2015, de 18 de septiembre, de la Sección Novena de la misma Audiencia o la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos. En este sentido también se expresa MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios...*, cit., pág. 273.

⁴⁹⁹ Tal y como señala la Sentencia nº 372/2015, de 16 de octubre, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, la buena o mala fe del incumplidor no se tiene en cuenta ni para la moderación ni para la aplicación de la pena pactada. En esta Sentencia se confirma la imposición de la cláusula penal pactada para casos de incumplimiento independientemente del carácter doloso o culpable del incumplimiento. La cláusula, establece la Sentencia, debe aplicarse al producirse el incumplimiento por parte del franquiciado y tener el mismo incidencia directa en la resolución del contrato. Tampoco aprecia la Sentencia que se trate de una cláusula abusiva al haber tenido posibilidad el franquiciado de negociar el contenido del contrato.

Señalándose que la finalidad que busca la moderación de la pena no es «rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración de esta hipótesis, nada más lógico que si el incumplimiento no fue total en la intención de las partes no se deba íntegramente la pena, sino en proporción al pago parcial».

En esta línea, la Sentencia nº 138/2016, de 7 de abril, de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, modera la pena establecida en el contrato de franquicia con base en el plazo efectivamente cumplido del contrato y la fecha de resolución definitiva del mismo. Por su parte, la Sentencia nº 282/2008, de 13 de mayo, de la Sección Decimotercera de la misma Audiencia Provincial que reduce el importe de la pena pactada a un 25% debido al escaso tiempo transcurrido desde la firma del contrato en relación con la duración del mismo y a la existencia de un incumplimiento previo por parte del franquiciador⁵⁰⁰.

La Sentencia nº 80/2016, de 1 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, modera la pena pactada para el caso de incumplimiento, además de por el tiempo transcurrido desde la firma del

⁵⁰⁰ Existe un número importante de sentencias que aplican la moderación de la pena pactada en base a incumplimientos parciales que dejamos sólo citadas a modo ilustrativo, como son la Sentencia nº 669/2012, de 3 de diciembre, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en un supuesto de competencia post contractual, la Sentencia nº 236/2011, de 16 de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León para un supuesto también de incumplimiento de competencia post contractual, la Sentencia nº 326/2011, de 4 de noviembre, de la misma Sección y Audiencia, al entender que la franquiciadora no iba a tener los gastos derivados de su actividad con respecto al franquiciado o la Sentencia nº 80/2014, de 28 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos.

contrato, porque nunca se cumplieron los objetivos económicos previstos. Entiende que si la pena estaba calculada en base a unos ingresos previstos por el franquiciador «y que presumiblemente dicha sanción penal se previó en atención a los ingresos previsibles que nunca se llegaron a alcanzar, como así han admitido los testigos de la parte actora, y estaban muy lejos de los previstos y especialmente atendiendo a lo señalado en los fundamentos anteriores en relación a la transmisión del “saber hacer” en los términos en los que se ha señalado, nos conduce a moderar equitativamente la pena».

Además de los motivos expuestos, por los que se entiende que no cabe la aplicación de la cláusula penal o, aplicándola, procede la moderación de la misma, existen sentencias que establecen alguna causa distinta por la que entiende que no cabe aplicar una cláusula penal a un supuesto recogido por el contrato de franquicia.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 697/2010, de 5 de noviembre, establece en su Fundamento de Derecho Cuarto la no aplicación de una cláusula penal para un supuesto que recogía el contrato analizado basándose en la interpretación conjunta del mismo. Indica la Sentencia que ha tenido que interpretar las estipulaciones de manera conjunta y sistemática debido a la falta de claridad de los términos en los que se formulan las mismas, evitando el riesgo de confusión respecto a lo verdaderamente pretendido por las partes. Y como consecuencia de dicha interpretación extiende la aplicación de la exoneración de la cláusula penal que recogía el contrato para supuestos de finalización de la relación por causas económicas (concurso, embargo o incumplimiento de objetivos mínimos), a la resolución dictada como consecuencia de no poder hacer

frente al pago de los cánones y a los proveedores, al entender que dicho incumplimiento de pagos venía derivado de la misma causa económica y, por lo tanto, pese a que el contrato no establecía de forma directa la exoneración, el Tribunal Supremo entendió que debía aplicarse la misma.

Tampoco aplica la cláusula penal incluida en el contrato de franquicia la Sentencia nº 187/2016, de 12 de mayo, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en esta ocasión al resolver sobre la aplicación de dos cláusulas penales con función coercitiva. La Sentencia establece que las cláusulas son contradictorias y, al ser cumulativas, son confusas y oscuras, señalando que «si lo que se pretendía con el juego de ambos párrafos de la referida cláusula era establecer que en caso de resolución por causa imputable al franquiciado este debía seguir pagando el canon y además los 16.000€ estipulados, así debió indicarse con claridad, ya que si se exige el pacto expreso e inequívoco para la función cumulativa de la pena y la indemnización, con mayor razón será preciso que exista un pacto claro y expreso para poder acumular dos cláusulas penales, y además de finalidad claramente coercitiva».

En conclusión, para proceder a la reclamación de la cláusula penal como consecuencia del incumplimiento de una de las partes, es esencial que la misma haya sido pactada en el contrato y, además, que se haya pactado para el supuesto incumplimiento de forma concreta, no pudiendo aplicarse para incumplimientos distintos al establecido en la cláusula. Esta no aplicación a supuestos no pactados deriva del efecto restrictivo que la jurisprudencia atribuye a la cláusula penal, del que además son derivación otros efectos como la moderación de la pena a imponer o la no acumulación de la

indemnización de daños y perjuicios con la cláusula penal, acumulación que sólo podrá aplicarse en los supuestos en los que de forma expresa se haya pactado en el contrato. Por su parte, la pena pactada podrá moderarse por el juez en determinados supuestos, con el fin de ajustarse a la equidad que debe regir la relación, y como consecuencia de que la pena debe aplicarse de forma restrictiva para no derivar en un enriquecimiento injusto de ninguna de las partes como consecuencia de la resolución del contrato. No obstante, los tribunales no deberían proceder a moderar la pena pactada, sobre todo en los supuestos en los que en la previsión contractual de la misma ya se haya tenido en cuenta aspectos que limiten su cuantía, como un incumplimiento parcial, o en supuestos de incumplimiento total de la obligación.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN: Con carácter previo a formular las conclusiones del presente trabajo se estima oportuno realizar una breve introducción recordatoria de algunas cuestiones esenciales, que no son propiamente conclusiones, sino más bien resumen de los planteamientos formulados por la mejor doctrina.

Con carácter general, las redes de distribución son una categoría de red empresarial compuesta por empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes, en la que todos los miembros contratan con el cabeza de red, quién posee facultades de coordinación, dirección y control respecto a la actuación de éstos, para la comercialización de unos mismos bienes o servicios. Dentro de ellas, unas de las más importantes, son las redes de franquicia, siendo el contrato de franquicia el principal instrumento jurídico a través del cual se constituye la red.

Las redes de franquicia son una modalidad de redes de distribución -con integración plena-, compuestas por un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes, como consecuencia de compartir la explotación -directa o indirecta- de un modelo de empresa. El bien jurídico compartido es un modelo de empresa, esto es, un modo específico de organizar los elementos integrantes de una empresa -capital y trabajo- para la realización de una determinada actividad económica. Esa unidad empresarial -el modelo de empresa- posee sustantividad propia, independiente de todos los elementos

que la componen y puede ser considerada como un bien jurídico de carácter inmaterial en sí mismo.

PRIMERA: El contrato de franquicia, como modalidad de contrato de distribución, ha sido objeto de varios intentos pre-legislativos de regulación: 2006, 2008, 2011 y 2014. Si bien una regulación sobre los contratos de distribución contribuiría a dotar de mayor seguridad jurídica a unos de los sectores “motor” de la economía española, las soluciones propuestas por los textos pre-legislativos no modifican sustancialmente los aspectos más relevantes. En última instancia se limitan a recoger planteamientos consolidados por la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en sede extintiva.

Estimándose conveniente, por tanto, una regulación sobre los contratos de distribución, ello no es óbice para considerar que en relación con el contrato de franquicia la regulación propuesta por estos textos resulta insuficiente.

En efecto, en todos ellos la referencia a la franquicia se limita al concepto y a la previsión de un deber de información precontractual, cuando la problemática propia del contrato de franquicia, por la mayor complejidad de su objeto, supera significativamente la de la mayoría de contratos de distribución. En particular, una adecuada regulación sobre la problemática específica en materia de transmisión de signos distintivos, de know-how y de las obligaciones de formación y asistencia, se estima conveniente.

SEGUNDA: La finalización del contrato se puede producir por acuerdo de las partes o por voluntad de una de ellas. En el supuesto de acuerdo de las partes, los efectos derivados de la terminación del contrato no suelen

generar conflicto. En cambio, en el segundo de los casos, cuando la finalización es consecuencia de la voluntad de una de las partes, lo habitual es que surja algún tipo de conflicto. Para extinguir el contrato una parte debe comunicar a la otra su decisión de dar por terminado el contrato y la causa que provoca dicha decisión. En este supuesto nos podemos encontrar diversas causas que pueden llevar a la terminación del contrato, tales como la imposibilidad sobrevenida de la prestación, causas de fuerza mayor, la llegada del plazo estipulado para la finalización del contrato o la resolución de dicho contrato por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

Especialmente relevante en este punto es diferenciar entre la terminación por imposibilidad sobrevenida, la terminación por causa de fuerza mayor y la resolución por incumplimiento. Ello porque, por su similitud, es posible una confusión entre la calificación de la causa.

En efecto, cuando se produce la imposibilidad de cumplir una obligación tiene lugar un incumplimiento. Pero no siempre que se produzca un incumplimiento nos encontraremos ante la imposibilidad sobrevenida de realizar la obligación. Así, la pérdida de la cosa y la irrealizabilidad de la prestación son causas de imposibilidad sobrevenida, pero pueden no serlo de incumplimiento. La voluntad de cumplir por parte del deudor puede tener eficacia en el incumplimiento, pero carece de ella en la imposibilidad sobrevenida. Y, por último, las acciones que pueden ejercitarse son distintas. Ante un incumplimiento el cumplidor podrá exigir el cumplimiento in natura, lo que no podrá exigir nunca cuando se produzca la imposibilidad sobrevenida.

Por su parte, la principal diferencia entre la resolución por incumplimiento y la terminación del contrato por causa de fuerza mayor radica en que, en los casos de fuerza mayor, no estamos ante un incumplimiento de la obligación, sino ante la imposibilidad de cumplir con la obligación por hechos o acontecimientos ajenos a la voluntad de los contratantes, que no han podido ser previstos o evitados.

TERCERA: Los incumplimientos que posibilitan la resolución contractual ex artículo 1.124 del Código Civil deben de tener unas notas que atribuyan al mismo la suficiente gravedad para permitir frustrar el fin perseguido por las partes en el momento de la celebración del contrato. Si bien, el principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil permite a las partes elevar a la categoría de incumplimiento resolutorio cualquiera incumplimiento que entiendan con tal entidad. Si bien, es recomendable justificar, o que resulte fácilmente justificable, porqué una causa de incumplimiento prevista en el contrato se entiende resolutorio. Siendo ineficaces las cláusulas que con carácter general atribuyen el carácter resolutorio al incumplimiento de cualquier obligación prevista en el contrato.

La resolución del contrato de franquicia puede tener lugar de forma extrajudicial mediante la comunicación de la misma a la parte incumplidora y a través de la recepción por ésta. La interpelación judicial será obligatoria en el supuesto en el que la parte a la que se le ha presentado la resolución no la admita. En estos casos, la intervención judicial se configura como declarativa de la resolución ya comunicada, y como controladora del

cumplimiento de los requisitos necesarios para la validez de la resolución, que desencadenará sus efectos desde que fue comunicada a la parte incumplidora.

Pese a que el criterio o criterios para considerar un incumplimiento como resolutorio ha evolucionado con el paso del tiempo desde una perspectiva subjetivista, donde se tenía en cuenta la intención, como mínimo dolosa, de la parte contractual incumplidora, hacia un punto de vista más objetivo donde se tiene más en cuenta la frustración del fin perseguido por los contratantes que dicha intención, lo cierto es aun así, y pese a la evolución, se sigue manteniendo una mezcla de conceptos por parte de la jurisprudencia que provocan que no se termine de perfilar de forma clara una definición del incumplimiento resolutorio de una manera evidente: principalmente en lo relativo al incumplimiento grave y/o esencial.

CUARTA: En virtud del párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil, el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. En nuestra opinión carece de sentido otorgar plazo para el cumplimiento de una obligación cuando el acreedor de la misma ha perdido el interés, o ha visto frustradas las expectativas que tenía con el cumplimiento del contrato. Más allá de la voluntad o mala fe del incumplidor, el Tribunal deberá valorar si permanece vivo el interés en el cumplimiento, máxime en contratos como el de franquicia, atendido el carácter de contrato de duración y de confianza, es decir, *intuitu*.

QUINTA: El incumplimiento de las dos obligaciones legales impuestas en el ordenamiento jurídico español al franquiciador, esto es, la no inscripción en el Registro de Franquiciadores, y el incumplimiento del deber de información precontractual, no son susceptibles de constituir causa de incumplimiento resolutorio del contrato de franquicia ex artículo 1.124 Cc.

El incumplimiento la obligación de inscribirse en el Registro de Franquiciadores sólo tiene consecuencias administrativas y, por tanto, no afecta a la validez y eficacia de los contratos de franquicia. Por tanto, sólo puede generar la correspondiente responsabilidad administrativa por incumplimiento de la LOCM.

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de información precontractual puede anular el contrato por vicio del consentimiento, pero no puede ser causa de la resolución del contrato de franquicia. El incumplimiento resolutorio, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato.

SEXTA: La ausencia de *ius prohibendi* por parte del franquiciador sobre los signos distintivos no es causa de incumplimiento resolutorio, sino de nulidad por falta de objeto. Así lo indicó primero la doctrina y lo asumió correctamente la jurisprudencia. Con todo, existe discrepancia con respecto a si para fundar la causa de la nulidad se requiere la existencia de perturbación en el uso o no. Por un lado, hay resoluciones que consideran que la mera falta de titularidad de la marca por parte del franquiciador conlleva la nulidad del contrato por falta de objeto. Por otro lado, sin embargo, encontramos sentencias que alegan que la falta de titularidad de

la marca no conlleva la nulidad si no existe perturbación en el uso de la misma.

A nuestro juicio, como ha señalado la doctrina más atenta, la garantía del ejercicio pacífico de los signos distintivos no es una cuestión fáctica sino jurídica. No se trata de si efectivamente se está perturbando o no al miembro de la red en el uso pacífico de los signos transmitidos –fáctica-, sino si el franquiciador está en posición jurídica como para poder garantizar el uso pacífico -jurídica-.

SÉPTIMA: El franquiciado no puede utilizar los signos distintivos del franquiciador para realizar actividades distintas a las contempladas en el contrato de franquicia, ni de manera divergente con las instrucciones emitidas por el franquiciador, puesto que ello puede conllevar un deterioro de la imagen de la red, que irá en perjuicio del franquiciador y del resto de franquiciados. En este sentido, las actuaciones en las que el franquiciado utilice los signos distintivos del franquiciador de forma irregular o inadecuada pueden constituir causa de resolución del contrato de franquicia por incumplimiento.

El daño a la imagen de marca, al venir conformada la misma como uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia, es causa suficiente para proceder a la resolución del mismo, sin necesidad de recurrir a la argumentación de la ruptura del vínculo *intuitu personae* ni a otros posibles incumplimientos cometidos por el franquiciado.

OCTAVA: El análisis de la jurisprudencia existe en materia know-how en el ámbito del contrato de franquicia obliga a distinguir entre supuestos de nulidad por falta de objeto y supuestos de incumplimiento resolutorio. En el primer supuesto se ataca la propia existencia del know-how, es decir, la aptitud de los conocimientos para ser know-how. En el segundo supuesto no se niega la existencia de know-how por parte del franquiciador, sino que en el caso concreto éste no ha sido objeto de transmisión.

La ausencia de know-how no es constitutivo de incumplimiento, sino de nulidad por falta de objeto, como indicó la doctrina y confirmó la jurisprudencia. En cambio, si existe know-how, es decir, que los conocimientos poseídos por el franquiciador cumplen los requisitos necesarios para ser calificados como tal, y lo que se ejercita es una acción por la cual se alega la no transmisión del mismo al franquiciado, no estamos ante un supuesto de nulidad sino de incumplimiento resolutorio.

Los potenciales efectos sobre la red de franquicia de una u otra pretensión son muy relevantes. Mientras que el primer supuesto la consecuencia de la resolución puede afectar a terceros, pues se expandirá a toda la red de franquicia, llevando a su desaparición, por ausencia de un elemento esencial; en el segundo supuesto la consecuencia no afecta a terceros, sino únicamente a las partes –franquiciador y franquiciado- y conlleva únicamente la resolución del contrato.

NOVENA: El incumplimiento de la obligación de formación es causa de resolución del contrato de franquicia. La obligación de formación corresponde al franquiciador como contraprestación directa derivada de la

obligación asumida a su vez por el franquiciado de explotación del modelo de negocio transmitido. Esta obligación, pese a ser una obligación de medios y no de resultado, supone el desarrollo de una actividad por parte del franquiciador tendente a lograr que el franquiciado obtenga los mayores resultados de su negocio en base a los conocimientos transmitidos. Si bien la jurisprudencia proclama la irrelevancia de que ésta sea presencial o a distancia, siempre y cuando el sector donde opere la franquicia lo permita.

Y todo ello teniendo presente que la obligación de formación no finaliza con la transmisión del modelo de negocio realizada para la puesta en funcionamiento del mismo, sino que a esta formación inicial deberá de seguirle una formación continua, cuyo fin puede ser tanto la transmisión de conocimientos o técnicas que formen parte del know-how propio del franquiciador, que se ha ido actualizando, como aquellos otros conocimientos que, pese a no formar parte del contenido propio de aquel, se consideren necesarios para el completo desarrollo del negocio franquiciado derivado de la actualización del modelo de empresa.

De la jurisprudencia se extrae que las sentencias que no declaran el incumplimiento de la obligación de formación por parte del franquiciador se centran en dos criterios. El primero de ellos, más que declarar el cumplimiento de la obligación de formación, viene a declarar que no se ha acreditado el incumplimiento de la misma, al no haberse pactado un contenido específico de la formación, y constar la realización de algún curso con dicho fin, independientemente de su duración. El segundo de los criterios es que, por parte del franquiciado, no se haya reclamado durante la

vigencia del contrato la falta o insuficiencia de la formación, y que la misma sólo se alega una vez iniciado el conflicto resolutorio.

DÉCIMA: La obligación de asistencia tiene como función la prestación, tanto periódica como de carácter eventual y/o ad hoc, de auxilio, atención y/o asesoramiento al franquiciado sobre cuestiones que surjan o puedan surgir en el desempeño de sus tareas específicas. Que la asistencia sea técnica o comercial puede depender del sector en el que se desarrolle la actividad franquiciada, pero también de la finalidad de la acción de asistencia.

Existe abundante jurisprudencia que considera que la asistencia en cualquier área del negocio durante la vigencia del contrato ha de ser solicitada por la propia franquiciada, es decir, que para que resulte exigible y, por tanto, su no prestación susceptible de incumplimiento resolutorio, requiere una petición previa por parte del franquiciado. Se configura la asistencia, por tanto, como un derecho del franquiciado que puede ejercitar o no, y que, en el caso en el que no se solicite la asistencia, no supondrá causa de incumplimiento ni, por lo tanto, causa de resolución contractual, al no haber existido posibilidad de incumplimiento por parte del franquiciador, ya que, si no se conmina al mismo a realizar una actividad, éste no puede llevarla a cabo ni, como consecuencia de ello, incumplir.

En nuestra opinión, la asistencia continua debe ser configurada como una obligación del franquiciador y que éste, dentro de su obligación general de velar por el buen funcionamiento de la red, debe ejercitar, aunque su asistencia no sea requerida por el franquiciado, por ejemplo, mediante de

visitas periódicas de supervisión donde se puedan observar desviaciones de la actuación del franquiciado en relación al know-how transmitido y, como consecuencia, ejercer la asistencia a través de medidas correctoras oportunas.

Configurada la obligación del franquiciador como actividad propia, sin necesidad de requerimiento previo del franquiciado, entendemos que la resolución por incumplimiento puede producirse siempre que exista una inejecución de la misma o una ejecución defectuosa. Y habiendo determinado ya que la obligación de asistencia queda configurada como uno de los requisitos mínimos o básicos que regula la relación contractual de franquicia, el incumplimiento de dicha obligación será causa de resolución del contrato en el momento en el que el mismo tenga condición de esencial, es decir, en el momento que el incumplimiento frustre las expectativas que el franquiciado, en este caso, tuviese sobre el contrato.

ÚNDÉCIMA: En el plano de los remedios frente al incumplimiento, a nuestro juicio, es conveniente la instauración de un adecuado sistema de segunda oportunidad. Ello sería especialmente útil en el ámbito del contrato de franquicia. En efecto, una legislación moderna en materia contractual no puede desconocer la realidad y particularidades de las redes de empresariales, muy bien explicadas y analizadas por la doctrina científica, y en particular las redes de distribución y franquicia. El artículo 1.124 Cc es un precepto configurado para contratos de cambio, no para relaciones complejas como las que se generan en las redes de franquicia. Y por ello un sistema de segunda oportunidad marida perfectamente con las particularidades de este tipo de redes, siempre que el incumplimiento en

cuestión pueda subsanarse y no cause a la otra parte un perjuicio tal que haga inviable la continuación de la relación establecida.

DUOCÉCIMA: En la mayoría de los contratos de franquicia escritos se incluye una cláusula en la que se manifiesta que el contrato de franquicia puede resolverse como consecuencia de la declaración de concurso del franquiciado, y en no pocas ocasiones también del franquiciador.

Un sector de la doctrina entiende que sería aplicable al contrato de franquicia el artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia y, por lo tanto, el artículo 63.2 de la Ley Concursal, validando esté tipo de cláusulas. Para su justificación se centran en que ambos son contratos en los que son fundamentales las circunstancias personales de los contratantes y la confianza que debe existir y mantenerse entre las partes.

A nuestro juicio, pese a compartir que existen claras identidades entre el contrato de agencia y el de franquicia, no puede aplicarse de forma analógica el artículo 26.1.b) a la relación de franquicia, puesto que ambas relaciones contractuales mantienen suficientes diferencias como para realizar dicha aplicación. Una interpretación conjunta de los artículos 61.3 y 63.2 de la Ley Concursal, donde se establece la no validez de las cláusulas que establezcan la resolución del contrato en los casos de declaración de concurso, con la excepción de los supuestos donde legalmente se establezca dicha posibilidad de forma expresa, nos conduce a sostener una utilización muy restrictiva de la aplicación analógica del artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia, no procediendo en relación con el contrato de franquicia.

Si la declaración de concurso del franquiciador supusiera la posibilidad de resolución de los contratos de franquicia por parte de los franquiciados, en la inmensa mayoría de los casos sería completamente imposible su viabilidad económica. Y exactamente lo mismo ocurriría con la mayoría de franquiciados. Si el franquiciador pudiera resolver el contrato por la mera declaración de concurso, en la mayoría de ocasiones se abocaría a éste directamente a la liquidación.

Por ello en nuestra opinión las cláusulas que prevén la resolución del contrato de franquicia por la mera declaración de concurso de una de las partes deben tenerse por no puestas y, por lo tanto, la declaración de concurso del franquiciador o del franquiciado no es causa, por si sola, para resolver el contrato de franquicia; lo cual no es óbice para que, ante un incumplimiento, la parte cumplidora pueda solicitar la resolución del contrato, aunque exista un procedimiento concursal iniciado.

DECIMOTERCERA: Respecto de los efectos de la resolución contractual por incumplimiento resulta adecuada la distinción entre efectos no patrimoniales y efectos patrimoniales. Entre las primeras destaca la prohibición de competencia post-contractual que, en el marco de una relación de franquicia, como ha señalado la doctrina, enfrenta intereses divergentes: el interés del franquiciador, el del franquiciado y el propio interés del mercado.

El interés legítimo del franquiciador que justifica el pacto es la necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos propios de la red y que han sido

transmitidos al franquiciado en virtud del contrato. Por su parte, el interés del franquiciado consiste en que la prohibición que se le imponga sea lo más limitada posible, en tanto restringe su derecho al libre ejercicio de profesión u oficio, ex artículo 35 CE, así como su derecho a la libre iniciativa económica, ex artículo 38 CE. El pacto de prohibición de competencia post-contractual debe, por tanto, conjugar, en igual grado de relevancia, el interés del franquiciador en procurarse una protección de la actividad concurrencial del franquiciado tras la extinción del contrato en la que éste use el know-how que aquél le comunicó y, al mismo tiempo, el interés del franquiciado en ejercitar sin traba alguna su derecho a la libertad de empresa.

Pero, además, junto al interés del franquiciador y del franquiciado, en un pacto de prohibición de competencia post-contractual, entra en juego el propio interés de mercado, dada la existencia de un interés público general en el mantenimiento y fomento del sistema competitivo. Ello significa que la prohibición de competencia post-contractual que no tenga otra finalidad que la de evitar el beneficio que pudiera suponer eliminar a un competidor del mercado restringiendo la libertad del franquiciado será considerada como un acuerdo restrictivo. En consecuencia, la licitud del pacto de competencia post-contractual impuesta al franquiciado exige la existencia de un interés del franquiciador, en tutela de los intereses propios y de la red, que va más allá del intentar procurarse una cómoda posición de mercado sin competencia. Es preciso, pues, que concurran razones dignas de tutela jurídica para que el interés legítimo del franquiciador justifique la imposición de una prohibición post-contractual de competencia. Por ello, las cláusulas de no competencia post-contractual en el seno de los acuerdos

verticales, entre los que está incluido el contrato de franquicia, han sido objeto de regulación por parte del Derecho antitrust.

DECIMOCUARTA: Entre los efectos patrimoniales resulta especialmente particular de las redes de franquicia el derivado del incumplimiento del franquiciador y su efecto sobre el canon de entrada dependiendo de la naturaleza jurídica que el contrato haya atribuido a dicho pago.

En efecto, doctrina y jurisprudencia coinciden en que según la naturaleza que las partes atribuyan al canon de entrada, las consecuencias jurídicas en caso de extinción anticipada del contrato son de extraordinaria relevancia práctica. Si no se adicionan derechos, el canon de entrada está amortizado con el correcto cumplimiento de las obligaciones iniciales y, por tanto, en caso de resolución *ante tempus* no hay derecho a la devolución. En cambio, si contractualmente las partes adicionan derechos, como la exclusividad o la explotación del modelo de empresa, el canon adquiere la condición de pago adelantado de cesión de derechos y servicios que no se van a disfrutar o prestar, justificándose un prorrateo de la cantidad pagada en función del tiempo de vigencia efectiva del contrato y, por tanto, procediendo a la devolución de la parte proporcional pagada y no disfrutada.

DECIMOQUINTA: En relación con la compensación por clientela en el ámbito del contrato de franquicia, a nuestro juicio, la reciente calificación jurídica de la compensación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como “liquidación de un activo común” del franquiciador – proveedor- y del franquiciado –distribuidor- tiene una gran trascendencia. Si el problema se reduce a la necesidad de liquidar un activo común –la

clientela- ante la ausencia de previsión contractual al respecto, cuando la configuración jurídico-económica del contrato no establezca mecanismos de atribución de dicho activo a una de las partes, parece que la consecuencia debería ser la no necesidad de liquidar dicho activo, por cuanto será el mercado –la propia clientela- quién seguirá a aquél al que pertenezca, sea franquiciador o franquiciado. Ahora bien, cuando existan mecanismos de atribución del activo común a una de las partes, como es el caso de un pacto de competencia post-contractual, en virtud del cual una de las partes –normalmente el franquiciador- se atribuye el disfrute del activo generado durante la ejecución del contrato por un periodo de tiempo, excluyendo del mismo a la otra parte –el franquiciado-, la propia condición de “común” parece que requiere de la necesidad de compensar a aquél que ha contribuido a generar el activo y que, por una previsión contractual, no va a poder seguir beneficiándose de él, sin que haya sido económicamente retribuido por ello, o sin que haya renunciado expresamente a ello .

Ello, a su vez, tiene otra consecuencia. Que la compensación por clientela, como en su día apunto la doctrina más atenta, deriva del propio contrato de distribución o franquicia, sin que resulte necesario acudir a la aplicación analógica del artículo 28 LCA. Con ello se cierra, además, otro debate relevante en materia de prescripción de la acción. Si el fundamento de la compensación por clientela reside en la propia configuración del contrato, ello tiene como consecuencia que el plazo de prescripción de la acción no sea de un año como establece el artículo 31 LCA, sino el plazo general de 5 años del artículo 1964 del Código Civil.

En cambio, sí que parece que resulte aplicación al contrato de franquicia, no por la vía de la analogía, sino por la propia configuración y naturaleza de la compensación, las reglas previstas en el artículo 30 de la LCA, esto es, que el franquiciado no tendrá derecho a la compensación por clientela cuando el franquiciador hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo; cuando el franquiciado hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al franquiciador, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del franquiciado persona física, y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades; y cuando, con el consentimiento del franquiciador, el franquiciado hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato.

DECIMOSEXTA: La integración en una red de franquicia conlleva que el nuevo miembro adquiera una obligación de organizar su empresa en mayor o menor medida en función de las particularidades de ésta, lo que, obviamente, le obliga a afrontar importantes inversiones. La regla general es que esas inversiones realizadas por el franquiciado, como empresario independiente que es, forman parte de su riesgo empresarial que asume. Ahora bien, mientras que, en los contratos de franquicia de duración determinada, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que el distribuidor, o franquiciado, está en posición de valorar, incluso desde una fase precontractual, si va a poder amortizar la inversión en atención a sus concretas expectativas de ganancias. El riesgo sobre la amortización de las inversiones forma parte de riesgo empresarial asumido por él y, por tanto, expirado el tiempo del contrato y producida la extinción regular del mismo,

no procede ningún planteamiento indemnizatorio. En cambio, en los contratos de duración indeterminada, la ausencia de un referente temporal, unida a la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* sometida al preaviso, altera significativamente la regla de que las inversiones realizadas por el franquiciado son siempre riesgo empresarial asumido por éste. En este caso, como doctrina, jurisprudencia y el propio legislador –en los textos prelegislativos- sostienen, procede la indemnización por inversiones no amortizadas, incluso cuando el contrato se extingue correctamente, esto es, con el preaviso debido. Si bien, dicha indemnización no engloba toda inversión realizada, sino que se limita a las inversiones específicas, que son aquella que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor.

BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO LEDESMA: “Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos”, RDM, 295, 2015.

ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia* (dir. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.), Consejo General del Poder Judicial, 2007.

ALONSO SOTO, R., «Bases para una futura regulación de los contratos de distribución», *La reforma de los contratos de distribución comercial* (dir. JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y RUIZ PERIS, J.I.), La Ley, 2013.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, 2003.

ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, 1970.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, 2016.

BEDUSCHI, C., “A proposito di tipicità e atipicità dei contratti”, *Riv. Dir. Civ.*, 1986.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, RDM, 289, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La relación laboral de carácter especial de los viajantes de comercio», *Documentación Laboral*, número monográfico sobre las relaciones laborales de carácter especial, 1985.

BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, 2009.

BRITO, M.H., «O contrato de agência», *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, LivrariaAlmedina, 1988.

BRECCIA, U., “Le nozioni di tipico e atipico. Spunti critici e ricostruttivi” *Tipicità e atipicità nei contratti* (dir. BUSNELLI), Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 53, Guiffrè, 1983.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1990.

BUENO DÍAZ, O., *Franchising in European Contract Law. A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law*, Sellier, 2008.

CABALLERO LOZANO, J.M. *La mora del acreedor*, Bosch, 1992.

CAÑABATE POZO, R., “La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela”, *LLM*, núm. 26, 2016.

CAFAGGI, F., “Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?”, *EUI Working Paper*, núm. 15, 2008.

CARDELÚS, L., *El contrato de franchising*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010.

CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001.

CASTRO LUCINI, F., “Los negocios jurídicos atípicos”, *Revista de Derecho Notarial*, 1974.

CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, 1998.

CORRAL LOSADA, M^a.E., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Fe d'erratas, 2013.

COSTANZA, M., *Il contratto atipico*, Guiffrè, 1981.

DATRILO, G., "Tipicità e realtà nel diritto dei contratti", *Riv. Dir. Civ.*, 1984.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1997.

DE LA HAZA DÍAZ, P., *El incumplimiento resolutorio, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, 1996.

DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1981.

DEMOLIN, P., DEMOLIN, V., SIMPLELAERE, B. y HAWKES, L., «Belgium», *Franchise 2014* (dir. CAMPBELL, C.), Law Business Research Ltd, 2014.

DIAS PEREIRA, A.L., "Da franquia de empresa («franchising»)", *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXII, Universidade de Coimbra, 1997.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., "Los contratos atípicos", *AC*, núm. 2, 1998.

DICKSTEIN, M. y VAN DEN BRANDE, B., «Franchising Agreement under Belgian Law», *International Commercial Agency and Distribution Agreements* (dir. ALBARIC y DICKSTEIN), WoltersKluwer, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, 2005.

DIEZ-PICAZO, L., *Dictámenes jurídicos*, Civitas, 1987.

DIEZ-PICAZO, L., «Contrato de agencia y de concesión comercial», *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Tomo I, 1981.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 2013.

DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

DUTILH, J.M., «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012.

ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, 1995.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., «Comentario al artículo 62 LOCM», *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (dir. BERCOVITZ)-, Tecnos, 1997.

EMBED: “¿Por qué necesitamos el Código Mercantil?”, *Escritura Pública*, 87, 2014.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo blanch, 2005.

FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “La Jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del franchising”, *ADI*, T. VII, 1981.

FERNÁNDEZ NÓVOA, C., «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas y sus problemas jurídicos», *Homenxe da Facultade de Dereitoó autor Dr. Carlos FERNÁNDEZ NÓVOA*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989.

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Guiffre, 1966.

FRIGNANI, A., *Franchising. La nuova legge*, G. Giappichelli Editore, 2004.

GABALLO, F., GIANCRISTOFARO, A., VALENTE, E., y otros, *Il nuovo contratto de franchising. Guida pratica de la nuova disciplina*, Magioli, 2005.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La Franquicia*, Trivium, 1991.

GARCÍA-CRUCES: “Unidad de mercado y doctrina iusprivatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX. Núm. 2181, septiembre 2015.

GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA PÉREZ, C.L., «Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

GARCÍA RUBIO, “La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos”, BIMJ, 2178, Mayo, 2015.

GARCÍA RUBIO, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, 1, 2014.

GARCÍA RUBIO, “Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado”, *Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos*, Santiago de Compostela, 2013.

GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso y contratos», *Jurisprudencia y concurso* (dir.GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, 2017.

GARCÍA VILLAVERDE, R., «Tipicidad contractual y contratos de financiación», *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, 1990.

GARRIGUES, J., “Los agentes comerciales”, *RDM*, núm. 83, 1962.

GETE-ALONSO CALERA: “Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, 4, 2014.

GETE-ALONSO, M.C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, 1979.

GIMÉNEZ GARCÍA, I., «El contrato de franquicia. Cuestiones generales», *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia* (dir. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.), Consejo General del Poder Judicial, 2007.

GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (Know-How). Concepto y protección*, Tecnos, 1974.

GÓMEZ SEGADE, J.A., “Algunos aspectos de la licencia de know-how. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala Primera) de 24 de octubre de 1979”, *ADI*, T. 7, 1981.

GÓMEZ SEGADE, J.A., y TATO PLAZA, A., «La extinción del contrato de agencia», *Ciencias Humanas y Sociedad*, Fundación Oriol y Urquijo, 1993.

GÓMEZ TABEADA, J., “Los contratos atípicos o innominados”, *RJD*, núm. 61, 2007.

GÓMEZ TRINIDAD, S., y MORALES BARCELÓ, J., «La indemnización por clientela en la concesión mercantil y el concurso del proveedor», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Universitat de Valencia, 2017.

GONDRA, “La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil”, *RDM*, 290, 2013.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, 2017.

GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, 1983.

HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, 2000.

JARNE MUÑOZ, P., «El proceso de modernización del registro de franquiciadores en España», *Direito, Governança e tecnologia: princípios, políticas e normas do Brasil e da Espanha*, 2014.

JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Reus, 2016.

JORDANO BAREA, J., “Los contratos atípicos”, *RLJ*, 1953.

KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, 1997.

KONIGSBERG, A., *International Franchising*, Juris Publishing, 1997-2003.

LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, 1998.

LARA GONZÁLEZ, R., «La facultad de resolución por causa concursal en los contratos de distribución: propuesta de Código Mercantil», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Universitat de Valencia, 2017.

LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El contrato de franquicia (aspectos básicos)”, *AdD*, núm. 18, 2000.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994.

MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, 2016.

MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Aranzadi, 2009.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: Estudio de la naturaleza jurídica de

la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285, 2012.

MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales* (dir. VÁZQUEZ ALBERT), Tirant lo Blanch, 2010.

MARTÍ MIRAVALLS, J., «Gastos de confianza o inversiones específicas. ¿Qué debería ser objeto de indemnización en la Ley de Contratos de Distribución?», *La reforma de los contratos de distribución comercial* (dir. JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y RUIZ PERIS, J.I.), La Ley, 2013.

MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, Juruà, 2018.

MARTÍN ARESTI, P., «La legitimación del distribuidor para el uso del signo distintivo del proveedor: sobre la existencia de una licencia de marca en los contratos de distribución comercial», *Marcas y distribución comercial*, 2011.

MARTÍN ARESTI, P., «Signos distintivos y redes de distribución», *Hacia un Derecho para las redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo Blanch, 2009.

MARTÍNEZ ROSADO, J., “De nuevo sobre la extinción del contrato de concesión: indemnizaciones de daños y perjuicios y por clientela”, *RCD*, núm. 1, 2007.

MARTÍNEZ SANZ, F., «La indemnización por clientela de los distribuidores», *Los contratos de distribución* (dir. ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., Y OTROS), La Ley, 2010.

MARTÍNEZ SANZ, F., «De la actividad comercial en régimen de franquicia», *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 2485/1998, de 13 de noviembre, complementaria de la ordenación del Comercio Minorista (dir. ALONSO ESPINOSA), McGraw Hill, 1999.

MARTINEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, 1998.

MASSAGUER J., *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, 1989.

MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, 2007.

McCALLUM, R. A., *FRANCHISING. An accounting, auditing and income tax guide*, John Wiley & Sons Inc., 1993.

MENDELSON, M./ RUDNICK, L., *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet & Maxwell, 2002.

MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Guiffè, 1948.

MIRANDA SERRANO, L., «Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis», *Derecho europeo de la competencia* (dir. Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, 2017.

MONTÉS PENADÉS, V., «Incumplimiento de la obligación», *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (AA VV), Tirant lo Blanch, 2001.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Comentario a la sentencia del TS de 8 de noviembre de 1995”, *RDP*, 1997.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, 2007.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Régimen jurídico de los contratos de distribución: (De la Disposición Adicional Primera de la Ley del Contrato de agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución)”, *Derecho de los Negocios*, núm. 252, 2011.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Concurso de acreedores y contratos de distribución», *Jurisprudencia y concurso* (dir.GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, 2017.

MORALES MORENO, A., «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

MORÁN MEDINA, C., DESANTES REAL, M. y RUBIO, E., «La protección de los elementos de franquicia a través de la marca», *La Franquicia* (dir.ORTEGA BURGOS, E.), Aranzadi, 2015.

NYE, R.J., SCHEIDER, J.A., *Business franchise Law. Cases and materials*, Carolina Academic Press, 2003.

OLIVENCIA, “El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil”, *RDM*, 290, 2013.

ORDUÑA MORENO, J., «Extinción de la obligación», *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (AA VV), Tirant lo Blanch, 2001.

ORTEGO CASTAÑEDA, L. y BERRIOS GARCÍA, D., «Indemnización por clientela», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

PALAZÓN GARRIDO, M^a. L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Aranzadi, 2014.

PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Jovene, 1979.

PARIVODIC, M., «Termination of franchise contracts. A comparative study», *International Journal of Franchise Law*, Claerhourt Publishing, Vol. 7 Issue 5, 2009.

PAZ-ARES, C., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Vol. II, 1998.

PEINADO GRACIA Y RONCERO SÁNCHEZ, “La unidad de mercado, el Código de Derecho mercantil (q.e.p.d.) y otras melancolías”, *La Ley mercantil*, 11, Sección Editorial, Febrero 2015.

PERALES VISCASILLAS, P., «La conclusión del contrato de distribución en el proyecto de código mercantil», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. Ruiz Peris), Universitat de València, 2017.

PÉREZ MARTELL, R., *El arbitraje en el contrato de franquicia*, Dijusa, 2006.

PINTO MONTEIRO, A., *Contrato de agência. Anotaçãoo Decreto-Lei núm. 178/86, de 3 de Julho*, Almedina, 1998.

PLANA ARNALDOS, M.C., «Resolución y restitución», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

PORFILIO CARPIO, L.J., “La extinción del contrato de agencia”, *RDM*, núm. 210, 1993.

QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario a la sentencia del TS de 22 de marzo de 1988”, *CCJC*, núm. 16, 1988.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva» *Cuadernos de Derecho Judicial: Contrato de agencia, distribución y franquicia* (dir. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.), Consejo General del Poder Judicial, 2007.

ROJO, “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado”, *RDM*, 291, 2014.

ROJO, “El Código Mercantil”, *RDM*, 286, 2012.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor», *Los contratos de distribución* (dir. ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., Y OTROS), La Ley, 2010.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley d contratos de distribución de 29 de junio de 2011)», *La reforma de los contratos de distribución comercial* (dir. VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRIA SÁENZ, J.A. y RUIZ PERIS, J.I.), La Ley, 2013.

RUIZ DE VILA, J. y MASUET IGLESIAS, L., «Consecuencias del incumplimiento del contrato», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, 1991.

RUIZ PERIS, J.I., «De la actividad comercial en régimen de franquicia», *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica complementaria* (dir. PIÑAR MAÑAS/BELTRAN SÁNCHEZ), Civitas, 1997.

RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, 2000.

RUIZ PERIS, J.I., *Código de la Franquicia*, Cisspraxis, 2001.

RUIZ PERIS, J.I., “Comentario a la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002”, *CCJC*, núm. 63, 2003.

RUIZ PERIS, J.I., «Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia», *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar* (dir. RUIZ PERIS), Estudios de Derecho Judicial, 2004.

RUIZ PERIS, J.I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* (Tomo II), Marcial Pons, 2005.

RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (encroachment)*, Thomson-Aranzadi, 2007.

RUIZ PERIS, J.I., «Del contrato bilateral a la relación de red», *Hacia un Derecho para las redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Tirant lo Blanch, 2009.

RUIZ PERIS, J.I., «La problemática actual de las franquicias», *Contratos de distribución comercial*, Ratio Legis, 2010.

RUIZ PERIS, J.I., «Un derecho específico para las redes empresariales», *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS), Tirant lo Blanch, 2012.

RUIZ PERIS, J.I., «Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español de 2001», *La reforma contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013.

RUIZ PERIS, J.I., y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La franquicia», *La Regulación del comercio minorista*, Thomson-Aranzadi, 2013.

RUIZ PERIS, J.I., y MARTÍ MIRAVALLS, J., “La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida”, RDM, núm. 262, 2006.

RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, 2008.

SACCO, R., “Autonomia contrattuale e tipi”, *RTDPC.*, 1966.

SACRISTÁN BERGIA, F., “Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela”, *Rdc*, núm. 2, 2008.

SALAS CARCELLER, A., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L.), Aranzadi, 2015.

SALAS CARCELLER, A., “El nuevo Código Mercantil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 2014.

SALVADOR ORTEGA, J., y FLORISTÁN ZAPATERÍA, J., «Extinción del contrato de franquicia y obligaciones post-contractuales», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Beneficientia et Perita Iuris, 2004.

SÁNCHEZ SOLÉ, S., PONCE DE LEÓN CUÑAT, A. y VALLE ZAYAS, O., «El contrato de franquicia», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

SANTOS BRIZ, J., “Contratos fácticos y atípicos: El contrato como objeto de otro contrato”, *AAMN*, T., 20, 1976.

SBISA, G., “Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni”, *Tipicità e atipicità nei contratti* (dir. BUSNELLI), Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 53, Guiffre, 1983.

SOLER PASCUAL, L.A., «Quiebra», *Enciclopedia Jurídica* (coord. general ARNALDO ALCUBILLA), La Ley, Tomo 18, 2009.

TENA ARREGUI, “Un código nuevo en odres viejos”, *RDM*, 290, 2013.

TRIPODI, E.M., PANDOLFINI, V., IANNOZI, P., *Il manuale del Franchising*, Giuffrè Editore, 2005.

VALENZUELA GARACH, F.J., “La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992 de 27 de mayo”, *DN*, núm. 37, 1993.

VALENZUELA GARACH, F.J., “El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral”, *RDM*, núm. 225, 1997.

VÁZQUEZ ALBERT, D., “Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (I)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 105, núm. 1, 2006.

VÁZQUEZ ALBERT, D., “Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (II)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 105, núm. 2, 2006.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales* (dir. VÁZQUEZ ALBERT), Tirant lo Blanch, 2010.

VÁZQUEZ ALBERT, D., “Marco normativo de la distribución comercial y propuestas de regulación”, *Distribución comercial: todas las claves de la Distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

VICENT CHULIÁ, F., “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993.

VICIANO PASTOR, J. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «El régimen antitrust de las redes de franquicia», *Claves del derecho de redes empresariales* (dir. RUIZ PERIS, J.I.), Universitat de Valencia, 2017.

ZAPATA VILA, E. y ÁLVAREZ-SALA SANJUÁN, S., «Desajustes latentes entre el modelo de negocio de la franquicia y el modelo jurídico de franquicia. Condiciones generales de contratación en la franquicia», *La Franquicia* (dir. ORTEGA BURGOS), Aranzadi, 2015.

ZWISLER, C., *Master franchising*, CCH Incorporated, 1999.

ANEXO JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo.

- Sentencia Tribunal Supremo nº 339/1979, Sala Primera, de 24 de octubre de 1979.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 164/1997, Sala Primera, de 4 de marzo de 1997.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 754/2005, Sala Primera, de 21 de octubre de 2005.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de noviembre de 2006.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 297/2007, Sala Primera, de 16 de marzo de 2007.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 145/2009, Sala Primera, de 9 de marzo de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 357/2009, Sala Primera, de 1 de junio de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 545/2009, Sala Primera, de 30 de junio de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 567/2009, Sala Primera, de 30 de julio de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 155/2010, Sala Segunda, de 30 de julio de 2010.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 697/2010, Sala Primera, de 5 de noviembre de 2010.

- Sentencia Tribunal Supremo nº 62/2012, Sala Primera, de 27 de febrero de 2012.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 485/2012, Sala Primera, de 18 de julio de 2012.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 532/2012, Sala Primera, de 30 de julio de 2012.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 610/2012, Sala Primera, de 22 de octubre de 2012.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 356/2016, Sala Primera, de 30 de mayo de 2016.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 15/2017, Sala Primera, de 16 de enero de 2017.
- Sentencia Tribunal Supremo nº 172/2018, Sala Primera, de 23 de marzo de 2018.

Tribunal Justicia Unión Europea.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de julio de 1997.
- Auto de la Sala Octava del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 7 de febrero de 2013.

Audiencia Provincial.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete nº 64/2015, Sección Segunda, de 13 de julio de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 570/2002, Sección Séptima, de 22 de octubre de 2002.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 520/2005, Sección Octava, de 15 de diciembre de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 164/2008, Sección Octava, de 30 de abril de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 486/2008, Sección Quinta, de 21 de noviembre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 334/2010, Sección Novena, de 25 de junio de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 338/2012, Sección Novena, de 29 de mayo de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 300/2008, Sección Cuarta, de 11 de noviembre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 238/2010, Sección Tercera, de 26 de octubre de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 38/2016, Sección Cuarta, de 8 de febrero de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 92/2016, Sección Sexta, de 17 de marzo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, de 10 de mayo de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 555/2003, Sección Decimonovena, de 23 de diciembre de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 633/2004, Sección Decimotercera, de 21 de septiembre de 2004.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 193/2005, Sección Decimocuarta, de 29 de marzo de 2005.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 11/2006, Sección Quinta, de 13 de marzo de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 137/2006, Sección Cuarta, de 21 de marzo de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 155/2007, Sección Cuarta, de 21 de marzo de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 201/2007, Sección Primera, de 28 de marzo de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 282/2008, Sección Decimotercera, de 13 de mayo de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 257/2010, Sección Decimotercera, de 21 de abril de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 288/2011, Sección Decimoprimera, de 16 de mayo de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 606/2011, Sección Decimoprimera, de 14 de diciembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 630/2011, Sección Decimoséptima, de 21 de diciembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 282/2012, Sección Primera, de 8 de junio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 292/2012, Sección Primera, de 19 de junio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 285/2012, Sección Decimoquinta, de 26 de julio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 609/2012, Sección Decimosexta, de 5 de septiembre de 2012.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 483/2012, Sección Primera, de 23 de octubre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 595/2012, Sección Primera, de 18 de diciembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 159/2014, Sección Decimotercera, de 28 de marzo de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 111/2015, Sección Decimonovena, de 3 de junio de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 265/2015, Sección Cuarta, de 8 de junio de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 499/2015, Sección Decimoséptima, de 16 de diciembre de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 146/2016, Sección Cuarta, de 16 de marzo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 347/2016, Sección Decimoséptima, de 13 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 374/2016, Sección Decimotercera, de 22 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 333/2016, Sección Primera, de 15 de septiembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 392/2016, Sección Primera, de 17 de octubre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 73/2017, Sección Decimonovena, de 23 de febrero de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 115/2013, Sección Tercera, de 5 de abril de 2013.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 80/2014, Sección Segunda, de 28 de marzo de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 221/2017, Sección Tercera, de 12 de abril de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón nº 76/2012, Sección Primera, de 11 de septiembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón nº 216/2015, Sección Tercera, de 22 de julio de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 163/2008, Sección Primera, de 9 de mayo de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca nº 190/2009, Sección Primera, de 1 de septiembre de 2009.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón nº 453/2015, Sección Séptima, de 3 de diciembre de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona nº 80/2016, Sección Segunda, de 1 de marzo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada nº 535/2000, Sección Tercera, de 5 de junio de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara nº 204/2011, Sección Primera, de 4 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara nº 128/2016, Sección Primera, de 29 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares nº 357/2011, Sección Quinta, de 9 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares nº 197/2017, Sección Quinta, de 29 de junio de 2017.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña nº 257/2015, Sección Sexta, de 30 de julio de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña nº 275/2016, Sección Cuarta, de 21 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas nº 445/2011, Sección Quinta, de 30 de septiembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas nº 166/2016, Sección Cuarta, de 14 de mayo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León nº 236/2011, Sección Segunda, de 16 de junio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León nº 326/2011, Sección Segunda, de 4 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León nº 333/2012, Sección Segunda, de 24 de septiembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo nº 231/2016, Sección Primera, de 31 de mayo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de 26 de noviembre de 1999.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 160/2004, Sección Octava, de 28 de junio de 2004.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 144/2005, Sección Vigésima, de 21 de marzo de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 350/2007, Sección Decimoprimera, de 27 de marzo de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 289/2007, Sección Decimonovena, de 31 de mayo de 2007.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 267/2007, Sección Décima, de 4 de junio de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 618/2007, Sección Decimocuarta, de 6 de noviembre de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 52/2008, Sección Decimonovena, de 15 de febrero de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 104/2008, Sección Vigésimoprimera, de 26 de febrero de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 340/2008, Sección Decimonovena, de 4 de julio de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 334/2008, Sección Vigésimoprimera, de 8 de julio de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 318/2008, Sección Decimotercera, de 11 de julio de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 374/2008, Sección Octava, de 30 de julio de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 504/2008, Sección Decimotercera, de 14 de noviembre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 836/2008, Sección Decimosegunda, de 27 de noviembre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 416/2010, Sección Vigésimoprimera, de 17 de septiembre de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 465/2010, Sección Vigésimoprimera, de 26 de octubre de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 60/2011, Sección Vigésima, de 31 de enero de 2011.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 207/2011, Sección Decimonovena, de 29 de abril de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 564/2011, Sección Decimosegunda, de 20 de julio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 122/2012, Sección Vigésima, de 27 de febrero de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 266/2012, Sección Decimoprimera, de 23 de abril de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 413/2012, Sección Décima, de 27 de junio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 437/2012, Sección Decimocuarta, de 4 de septiembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 453/2012, Sección Decimocuarta, de 15 de octubre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 483/2012, Sección Decimotercera, de 15 de octubre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 567/2012, Sección Octava, de 15 de octubre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 510/2012, Sección Vigésima, de 16 de noviembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 669/2012, Sección Octava, de 3 de diciembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 26/2012, Sección Decimoprimera, de 22 de diciembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 33/2013, Sección Decimonovena, de 30 de enero de 2013.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 347/2013, Sección Decimosegunda, de 7 de mayo de 2013.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 7/2014, Sección Vigésimoctava, de 10 de enero de 2014.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 117/2014, Sección Decimocuarta, de 28 de marzo de 2014.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 278/2014, Sección Decimoprimera, de 21 de julio de 2014.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 281/2014, Sección Decimoprimera, de 29 de julio de 2014.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 392/2015, Sección Novena, de 18 de septiembre de 2015.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 372/2015, Sección Vigésima, de 16 de octubre de 2015.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 341/2015, Sección Decimotercera, de 19 de octubre de 2015.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 375/2015, Sección Décima, de 20 de octubre de 2015.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 323/2015, Sección Decimonovena, de 21 de octubre de 2015.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 41/2016, Sección Vigésimoquinta, de 12 de febrero de 2016.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 71/2016, Sección Vigésima, de 17 de febrero de 2016.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 68/2016, Sección Decimocuarta, de 1 de marzo de 2016.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 138/2016, Sección Decimonovena, de 7 de abril de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 187/2016, Sección Decimosegunda, de 12 de mayo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 98/2016, Sección Vigesimoctava, de 20 de junio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 331/2016, Sección Decimotercera, de 15 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 383/2016, Sección Decimotercera, de 27 de septiembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 367/2016, Sección Decimonovena, de 19 de octubre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 409/2016, Sección Vigesimoquinta, de 14 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 558/2016, Sección Décima, de 15 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 404/2016, Sección Decimocuarta, de 19 de diciembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 184/2017, Sección Décima, de 25 de abril de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 240/2017, Sección Novena, de 25 de mayo de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 519/2008, Sección Cuarta, de 18 de septiembre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 89/2011, Sección Quinta, de 3 de marzo de 2011.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 213/2011, Sección Cuarta, de 26 de abril de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 197/2014, Sección Cuarta, de 29 de abril de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 579/2015, Sección Quinta, de 19 de noviembre de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 30/2016, Sección Quinta, de 25 de enero de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 243/2017, Sección Quinta, de 11 de mayo de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 314/2017, Sección Cuarta, de 11 de mayo de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia nº 145/2016, Sección Cuarta, de 25 de febrero de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 16/2001, Sección Cuarta, de 22 de enero de 2001.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 220/2003, Sección Quinta, de 4 de junio de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 1/2011, Sección Quinta, de 11 de enero de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 243/2016, Sección Sexta, de 22 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra nº 277/2011, Sección Sexta, de 24 de marzo de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca nº 125/2004, Sección Primera, de 30 de marzo de 2004.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca nº 484/2010, Sección Primera, de 17 de diciembre de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 21/2011, Sección Sexta, de 18 de enero de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 419/2011, Sección Quinta, de 14 de octubre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria nº 89/2015, Sección Primera, de 15 de octubre de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 390/2000, Sección Sexta, de 28 de abril de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 405/2006, Sección Novena, de 8 de noviembre de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 77/2007, Sección Novena, de 16 de marzo de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 309/2007, Sección Novena, de 20 de noviembre de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 143/2008, Sección Novena, de 22 de abril de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 287/2008, Sección Novena, de 13 de octubre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 11/2010, Sección Novena, de 7 de enero de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 25/2015, Sección Séptima, de 2 de febrero de 2015.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 36/2016, Sección Novena, de 28 de enero de 2016.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 460/2016, Sección Séptima, de 18 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 32/2017, Sección Decimoprimer, de 10 de febrero de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo nº 278/2016, Sección Sexta, de 23 de mayo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya nº 264/2016, Sección Tercera, de 30 de junio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 516/2003, Sección Quinta, de 16 de septiembre de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 407/2014, Sección Quinta, de 17 de diciembre de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 129/2015, Sección Cuarta, de 27 de abril de 2015.

Juzgado de lo Mercantil.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao nº 7/2016, de 30 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao nº 90/2016, de 21 de marzo de 2016.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 de mayo de 2006.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de 27 de mayo de 2014.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia nº 475/2016, de 30 de diciembre de 2016.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza nº 78/2014, de 11 de abril de 2014.