

La Franquicia



MINISTERIO
DE SANIDAD
Y CONSUMO



INC
INSTITUTO
NACIONAL
DEL CONSUMO

La franquicia

Estudio elaborado para el Instituto Nacional del Consumo por:

Adolfo Sequeira Martín
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

Antonio Roncero Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

Victor J. Martín Cerdeño
Profesor de Economía Aplicada
Universidad Complutense

Edita: INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
Madrid, septiembre 2003



ISBN: 84-86816-96-3
NIPO: 353-03-007-2
Depósito Legal: M-40107-2003
Imprime: GUARANTI, S.L. — Madrid

Sumario

I.	LA SIGNIFICACIÓN DE LA DE FRANQUICIA EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS Y SU CONSIDERACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA	7
1.	Consideraciones previas	9
2.	Atipicidad y concepto amplio de contrato de distribución	11
3.	La consideración de la franquicia desde una perspectiva económica	16
A)	<i>La franquicia como sistema de distribución</i>	16
B)	<i>La opción por la franquicia frente a otras alternativas</i>	22
a)	Ventajas e inconvenientes de la franquicia como sistema de distribución desde la perspectiva del franquiciador	23
b)	Ventajas e inconvenientes de la franquicia desde la perspectiva del franquiciado	25
C)	<i>Los efectos de la franquicia sobre los consumidores</i>	28
II.	EL CONTRATO DE FRANQUICIA	37
1.	Concepto y causa del contrato de franquicia	39
2.	Naturaleza jurídica y caracteres	44
3.	Marco normativo jurídico-privado del contrato de franquicia	46
4.	Contenido del contrato: las obligaciones de las partes	50
A)	<i>Las obligaciones del franquiciador</i>	51
B)	<i>Las obligaciones del franquiciado</i>	53
5.	Extinción del contrato de franquicia	55
A)	<i>Causas de extinción</i>	55
a)	La terminación del plazo	55
b)	La voluntad conjunta de las partes y la alteración de los presupuestos iniciales del contrato	57
c)	El incumplimiento del contrato	58

B) <i>La protección del franquiciado en la finalización del contrato</i>	60
a) Las inversiones no amortizadas	61
b) Los stocks	63
c) La clientela	64
 III. LA FRANQUICIA Y EL MERCADO. LA PECULIARIDAD DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR	67
1. La franquicia y el marco de defensa del modelo de mercado	69
A) <i>Consideraciones previas: la contemplación de los contrato de distribución en relación con los pactos limitativos de la competencia</i>	69
B) <i>La paradoja del marco jurídico regulador de las exenciones por categorías relativas a determinados acuerdos de franquicia</i>	73
C) <i>Las cláusulas susceptibles de afectar a la libre competencia más relevantes en el contrato de franquicia</i>	75
2. La franquicia y la defensa del interés del consumidor y usuario	78
A) <i>La protección de los consumidores frente a la utilización de la misma marca por los diversos franquiciados de la red para contraseñar productos o servicios idénticos</i>	79
B) <i>Responsabilidad por los daños derivados de productos defectuosos</i>	82
C) <i>La franquicia y el consumidor en el marco normativo de la defensa del mercado</i>	91
 <i>Bibliografía</i>	93

El presente estudio pretende ofrecer una visión general del contrato de franquicia con una finalidad fundamentalmente expositiva y sistemática, haciendo especial hincapié en los aspectos de protección de los consumidores o usuarios que contratan con una red de franquicia. La perspectiva elegida explica que la exposición se limite al Derecho español y, a su vez, que se prescinda de referencias doctrinales que quedan reducidas a algunas pocas anotaciones contenidas en el propio texto del trabajo y a la relación bibliográfica utilizada que se incluye al final del mismo.

La adecuada comprensión de la figura de la franquicia desde un plano estrictamente jurídico exige, con carácter previo, abordar la significación de la misma en relación con los diversos sistemas de distribución de bienes y servicios así como su contemplación desde una óptica económica, consideración que determina la estructura sistemática del trabajo. Por lo que respecta en particular al análisis jurídico de la franquicia, el mismo se realiza a partir de la elaboración de un concepto, sólo parcialmente configurado en nuestro ordenamiento jurídico, y de la reconstrucción de su marco jurídico que aparece disperso y desorganizado. Esta última referencia ha permitido establecer cuál es la relación jurídica de la que surgen los respectivos derechos y obligaciones de las partes y su relación con las normas que tutelan el interés general en orden a la defensa del mercado. El estudio incluye también el análisis de la extinción del contrato, que se ha elaborado partiendo del tradicional examen de las causas de extinción del negocio, pero dando un peculiar relieve a la contemplación de la protección del franquiciado una vez que finaliza su vinculación con la red de distribución a la que pertenecía. Finalmente, se presta un tratamiento especial a la figura del consumidor en razón de las dificultades que para el ejercicio de sus derechos se derivan de la compleja estructura de la franquicia.

El trabajo se realiza desde una visión crítica de la institución de la franquicia que permita ponderar el panorama actualmente existente en orden a su mejor comprensión, aplicación del régimen oportuno y, en su caso, elaboración de una regulación al respecto.

Capítulo I

*La significación de la franquicia
en el marco de los sistemas
de distribución de bienes y servicios
y su consideración desde
una perspectiva económica*

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los contratos de comisión y de agencia se sitúan en el centro del modelo de distribución en un largo proceso de configuración que en sus inicios viene determinado por la alternancia entre la naturaleza laboral y mercantil de las figuras, aunque la necesidad del empresario de contar con un circuito de colaboración permanente y la tendencia del intermediario a fomentar su propia asunción de riesgo con una organización propia va suponiendo un desplazamiento hacia la segunda de ellas, sin perjuicio de que siempre venga revestida de ciertos tintes laborales. La relación de agencia se establece además con la característica de ser parte de un sistema homogéneo dependiente del mismo principal que constituye la red de agentes.

Cuando existe una masificación o una dispersión territorial o de clientela en la distribución y cuando ésta adquiere un cierto volumen y grado de complejidad, la relación directa se ve cada vez más interferida por la aparición de sujetos económicos que, con absoluta independencia económica y jurídica, se presentan como titulares de una organización empresarial propia adquirente de los bienes o servicios en las diferentes fases del «iter» de la distribución. Las mercancías circulan así hacia el adquirente definitivo, que no siempre habría que identificar con el consumidor final en sentido estricto, con la intervención de empresarios-sujetos de derecho que, gozando de una absoluta autonomía en sus decisiones empresariales, asumen el riesgo económico que les comporta su participación en las correspondientes fases de todo el proceso. Se trata de un **proceso clásico de distribución indirecta y no integrada** en el que el producto va siendo propiedad de los diferentes sujetos que participan en él, pero sin que tal adquisición sea consecuencia de un contrato previo que obligue a desarrollar una actividad adquisitiva en tal sentido ni a seguir instrucciones concretas. El productor se desentiende del iter distributivo y la adquisición del producto por el intermediario depende exclusivamente de su libre decisión adoptada sobre la idea de que la misma puede reportarles beneficios económicos en sus expectativas de reventa. La compra-venta en sus diferentes modalidades aparece como la base de esta vía de distribución, aunque no sólo se efectúe valiéndose de ella.

La evolución de los procesos de distribución supone, a su vez, una pugna entre los diferentes sujetos participantes en los mismos con la finalidad de acortar la cadena distributiva en aquellos tramos que les reporte algún beneficio económico y en tanto que ellos puedan asumir la función del empresario al que separan del proceso o, incluso, puedan hacer desaparecer a la función misma. Se trata de optimizar los beneficios disminuyendo los costes del proceso al eliminar eslabones ya no necesarios o de incrementar los beneficios por asunción de funciones que antes no desempeñaban. El resultado será la aparición de nuevas técnicas de organización de mercados y de nuevas formas de cooperación a través de negocios entre empresarios que se encuentran, o no, en una misma fase del proceso. Se está ante **nuevos modelos de distribución directa y de integración horizontal e incluso, a veces, vertical**.

No obstante, a través de los modelos descritos, si bien se llega a una optimización de los beneficios mediante el perfeccionamiento de los procesos de distribución, no se consigue un aseguramiento de resultados mínimos, ni tampoco una eliminación del riesgo de asunción por el productor o, en su caso, mayorista, de los costes del proceso productivo ante el posible fracaso de la aceptación de sus productos en el mercado. Y es aquí donde, para cubrir estas exigencias, aparecerán las nuevas técnicas de distribución que son denominadas de **distribución indirecta integrada**.

El modelo de distribución integrada se caracteriza por la pérdida por parte de los sujetos que intervienen en el proceso de distribución de bienes o de servicios de gran parte de la autonomía de dirección de su actividad empresarial, aún cuando mantengan su independencia jurídica, así como por la asunción por éstos del riesgo relativo al buen fin del resultado de aceptación de las mercancías por el mercado junto al riesgo que ya de por sí es inherente al desempeño de su propia actividad empresarial.

Los sujetos participantes en el proceso contraen vínculos contractuales con el productor o mayorista en virtud de los cuales se produce una integración en su red de distribución, integración que implica el establecimiento de una relación duradera o permanente durante la que se asumen, entre otros, los compromisos de explotar, producir y, en su caso, adquirir para colocar en el mercado, por cuenta y nombre propio, los productos de la empresa principal, asumiendo también una mayor o menor dependencia con respecto a los planes del empresario productor o mayorista para la conquista del mercado y colocación de sus bienes. A cambio de la asunción del riesgo y de la dependencia, obtienen determinados beneficios de muy diferente orden que les dan garantías de una más certera ganancia (adquisición de sistemas de explotación consolidados, concesión de exclusivas, adquisición de bienes a precios o condiciones ventajosos, licencias que le permiten la utilización de signos distintivos acreditados, etc.).

En la distribución indirecta integrada se produce así una inserción en el proceso de distribución de todos los sujetos participantes (que forman la red de distribución) que en cuanto que vinculados negocialmente de forma individualizada con el empresario productor/mayorista, no sólo se ven obligados a adquirir determinados bienes y/o sistemas de explotación, sino también a su utilización para intentar situar los bienes o servicios en el mercado en función de los criterios pactados. El productor traslada así en gran parte el riesgo económico de la aceptación o no del mercado a los sujetos que adquieren utilizando los sistemas de distribución y que en virtud de la dependencia respecto al empresario «leader» pasan a integrarse en su sistema mediante este proceso de distribución indirecta. El contrato de franquicia cumple su función precisamente en este marco de la distribución indirecta integrada en cuanto que es un instrumento jurídico que tiene por finalidad la autorización para la explotación de sistemas de comercialización por el principal a sus distribuidores, para que éstos los usen en función de los criterios pactados en orden a la colocación de bienes o servicios en el mercado.

2. ATIPICIDAD Y CONCEPTO AMPLIO DE CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

La consecuencia inmediata de esta exigencia del mercado dirigida a distribuir riesgos y a asegurar el resultado del empresario productor/mayorista fue la aparición de nuevas figuras de contratación que con unos perfiles no siempre muy definidos se agrupan bajo el concepto genérico de contratos de distribución (así los contratos de suministro, de venta con exclusiva, a los que en su evolución se han añadido nuevas figuras como la concesión y la franquicia, etc.), y que sólo tardíamente y de forma incompleta han ido incorporándose de manera asistemática a alguno de los ordenamientos jurídico-positivos de los diferentes países (así por ejemplo la concesión en Bélgica mediante la Ley de 21 de noviembre de 1961 o el contrato de suministro en el Código civil italiano).

Debido a esta ausencia de regulación, la práctica mercantil, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran reiteradamente con dificultades en torno a su denominación diferenciadora, a su régimen jurídico, al alcance de la posible aplicación analógica total o parcial del régimen positivo de figuras que están reguladas a aquellas que no lo están y a su posible subsunción en categorías negociales de más amplio contenido que el de la mera tipología contemplada por el ordenamiento para su tratamiento a otros fines (especialmente en temas de competencia).

Bajo la denominación de contratos de distribución se agrupan, así, una serie de contratos con tipificación social y raramente tipificados legalmente, o que sólo lo están en algún aspecto, que encuentran su justificación en la libertad en la que

se desenvuelve la actividad privada para la creación de nuevas figuras contractuales y que, aún con estructuras tipológicas diferentes y a veces no claramente diferenciadas, reúnen una serie de notas comunes que permiten inferir un concepto amplio que reúna como elementos caracterizadores a los que constituyen los elementos mínimos que son comunes a los diferentes tipos contractuales en que puede manifestarse. Y de este concepto amplio se pueden deducir algunas consecuencias jurídicas básicas comunes también a todos ellos (esencialmente en torno a la protección del sujeto distribuidor y al régimen de competencia).

Son contratos todos ellos en virtud de los cuales una parte, frecuentemente a través de su adhesión a un contenido preconfigurado, asume respecto a la otra de forma estable y duradera y a cambio de un beneficio (el derecho a la explotación de sistemas de comercialización y/o de signos distintivos, mas especiales ventajas frente a sus competidores), la obligación de utilizar los derechos adquiridos sobre los sistema de comercialización o sobre los elementos identificadores, así como, en muchos casos, la adquisición de determinados bienes para su posterior utilización o colocación en el mercado conforme a los criterios pactados previamente. Las notas comunes a todos ellos serían la estabilidad de la relación, la asunción de determinados modelos o sistemas de comercialización, signos distintivos y bienes o servicios en propio nombre e interés con la obligación, a cambio de determinados beneficios, de su utilización para la colocación en el mercado de productos o servicios en las condiciones estipuladas con el empresario productor, asumiendo así su propio riesgo empresarial; entre ellas, constituyen características dominantes la dependencia con respecto al suministrador en sentido amplio (si bien es cierto que en supuestos todavía marginales se ha producido una inversión en la dependencia a favor del adquirente integrado) y la asunción del riesgo económico del proceso. Estas características comunes han venido generando una preocupación constante en la doctrina y la jurisprudencia en orden a arbitrar un régimen unitario de protección del distribuidor (centrado esencialmente en torno al régimen de finalización del contrato y al derecho a la percepción de determinadas indemnizaciones como consecuencia de la extinción del mismo) que sólo muy sectorialmente ha tenido respuesta en los ordenamientos jurídicos en torno a alguna figura contractual (la agencia) y de la que no es infrecuente que de ella se pretenda su extensión analógica. No obstante, parece también necesario poner de relieve las dudas en torno a los efectos positivos de la protección misma, en cuanto que pueda suponer realmente una rémora por su coste para una más eficaz adaptación del empresario productor/mayorista a la realidad mudable del mercado, a la vez que ha de resaltarse el beneficio que de estas técnicas de contratación se derivan para el propio distribuidor que se vale del prestigio ya adquirido por su principal en la referencia a la clientela y que goza de determinadas ventajas como contrapartida del riesgo asumido. Todo ello

aconseja examinar cada supuesto en particular más que realizar un pronunciamiento absoluto «a priori» sobre la aplicación analógica del régimen de figuras que, como la agencia, pueden cumplir una función diferente.

A partir de estas consideraciones, no puede estimarse que constituyan contratos de distribución en el sentido indicados aquellos en los que, a pesar de estar al servicio del proceso de distribución, falta la independencia y autonomía jurídica del distribuidor, la estabilidad de la relación, o la asunción del riesgo económico del resultado de la actividad empresarial al no actuar frente a terceros por cuenta propia. En estos supuestos se estaría en el campo de los **contratos laborales ordinarios, contratos laborales especiales de colaboración dependiente (agencia laboral), o contratos mercantiles de colaboración independiente (ocasional —comisión mediación—, o estable —agencia—)**, pero no en la categoría de los contratos de distribución. Por esta razón no puede pretenderse, sin más, la aplicación analógica del régimen previsto para unas figuras a otras cuando se sitúan en categorías diferentes (colaboración y distribución), aunque siempre puedan darse algunas notas coincidentes, ni tampoco el sometimiento conjunto a un mismo tratamiento jurídico por los diversos sectores del ordenamiento que afectan al proceso económico de la distribución (básicamente el régimen de la competencia).

La figura del agente y del contrato de agencia quedarían, así, al margen de los contratos de distribución en cuanto que, a pesar de la autonomía empresarial del agente, su finalidad va dirigida a la promoción y en su caso celebración de contratos por cuenta ajena, pero sin asumir el riesgo de la distribución porque no se produce la integración en el sentido estricto anteriormente mencionado, «ni desplaza la actividad de comercialización fuera de la órbita de actuación normal del fabricante». La inclusión en esa categoría negocial únicamente sería posible si se utilizara la denominación de contratos de distribución en un sentido muy amplio y sin más relevancia que la de acotar a efectos descriptivos un conjunto de contratos que están directamente encaminados a servir a la promoción y colocación en el mercado de los bienes o servicios de un determinado empresario. Cuestión distinta es que un mismo sujeto desarrolle, junto a la actividad propia del agente, otras que se correspondan con las propias de un contrato de distribución en lo que sería una actividad compleja que daría lugar a contratos mixtos que ya no encajarían sin más en el tratamiento que el ordenamiento jurídico brinda en diferentes sectores a los contratos puros de agencia (así, por ej., en materia de competencia). Una aplicación analógica de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, no es por tanto predictable de forma acrítica y con carácter general.

Por otra parte, es innegable la importancia que tiene el derecho de la propiedad sobre bienes inmateriales y especialmente el derecho sobre la propiedad industrial, en los contratos de distribución (en este sentido, por ejemplo, en el con-

siderando segundo de la Exposición de Motivos del Reglamento comunitario 4087/88 de 30 de noviembre de 1988 sobre régimen de exención de categorías a determinados acuerdos de franquicia, se señala que los acuerdos de franquicia «son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial e intelectual que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra de bienes»). Su importancia radica en que la asunción del riesgo final de la colocación de determinados bienes o servicios por el distribuidor se basa en la contrapartida que para éste supone el ahorro de costes mediante la adquisición de aquéllos o de un derecho de uso sobre los mismos y, especialmente, en no tener que adquirir una referencia en el mercado que ya les proporciona el empresario principal mediante la cesión o autorización para el uso de aquellos bienes inmateriales. Los procesos de elaboración y de comercialización así como los signos identificadores de los productos o servicios que lanzan al mercado les vienen ya proporcionados por el productor o mayorista. La utilización de los bienes inmateriales en el marco de los contratos de distribución no requiere una actuación negocial diferenciada del propio contrato mediante la existencia expresa de «licencias de explotación o de utilización», ni siempre aquellos bienes inmateriales cumplen la misma función en todos los contratos aunque su uso sí venga determinado en todo caso por el fin del concreto contrato de distribución al que pueda ir unido y al que están subordinados.

A partir de las consideraciones anteriores se deduce que las notas propias del concepto amplio de contrato de distribución que son predicables de los diversos tipos en los que puede concretarse serían:

a) Se presenta como contrato de adhesión para los distribuidores, aún cuando puedan contener condiciones particulares. La exigencia de «manuales de conducta» y presencia de instrucciones agudiza la subordinación de los distribuidores. Se trata de una técnica lógica que sustenta un sistema de distribución basada en la previsión para el principal de la relación coste/beneficio y en la necesidad de mantener una homogeneidad de apariencia de todos los miembros participantes en la red de distribución que posibilite el que se presenten como un todo uniforme en el mercado. La presencia de distribuidores fuertes, de asociaciones de distribuidores y de códigos de conducta tienden a paliar el riesgo indicado, conjuntamente con la contrapartida que supone el beneficio de adquisición de derechos de uso y explotación de sistemas y signos distintivos ya consolidados como referentes en el mercado en el que van a operar. En todo caso, el régimen de condiciones generales de la contratación, de defensa de la competencia y de competencia desleal constituyen un límite legal a la libertad contractual y al posible abuso del principal en la configuración unilateral del clausulado contractual.

b) Es contrato de duración y de colaboración basado en la confianza personal, lo cual exige prestar una especial atención a la finalización del contrato para

eliminar tanto el automatismo extintivo propio de los contratos concluidos por tiempo determinado (consideración de prórrogas automáticas, novación en indeterminados, etc.) como el de la suficiencia de una declaración unilateral receptiva de resolución propia de los contratos por tiempo indefinido (posibilidad de exigencia de buena fe, tema de indemnizaciones de naturaleza diversa —cliente-la, inversiones no amortizadas, stocks—, etc.).

c) Es también un contrato mercantil de colaboración inter-empresarial, lo que elimina su posible contemplación desde una óptica laboral, somete a ambas partes al estatuto propio del empresario y a su actividad al régimen de fuentes de la contratación mercantil. La dependencia del empresario-distribuidor respecto al empresario-productor es meramente funcional en orden a servir a una mejora en el proceso de distribución que genere beneficios para las partes y para el propio mercado, pero cada parte asume riesgos diferenciados propios de su actividad en lo que supone, además, un parcial desplazamiento de riesgos del principal al distribuidor en la colocación de bienes y servicios en el mercado que a veces ha de adquirir con carácter previo del propio principal o de quien éste indique.

La presencia de la organización de los sistemas de distribución en red ha llevado a pensar en la conveniencia del tratamiento del contrato de distribución como un negocio plurilateral de carácter asociativo que posibilitase la «actio pro socio» entre los distribuidores miembros de la red y la responsabilidad colectiva frente a terceros. Se trata de una construcción forzada que no puede desplazar la existencia de múltiples relaciones contractuales bilaterales de carácter homogéneo y que no permite considerar unidad jurídica lo qué es mera unidad de organización económica. Esta afirmación no elimina la posibilidad de recurrir en determinados supuestos al régimen general de sociedades para su posible aplicación análogica, ni permite ignorar la eficacia jurídica del grupo para generar la existencia de acciones de responsabilidad (extracontractual) entre sus miembros y, a veces, frente a terceros con una especial significación en materia de consumidores.

El *concepto amplio* de contrato de distribución elaborado a partir de estas notas sería, pues, el de «contrato mercantil inter-empresarial de colaboración estable y duradera, con desplazamiento del riesgo desde el principal, que tiene por finalidad servir al proceso distributivo de bienes y servicios valiéndose de la cesión o de la autorización para el uso de sistemas de comercialización y/o de signos distintivos u otros bienes inmateriales».

Dentro de esta categoría de contratos de distribución se engloba el contrato de franquicia al que, inicialmente y sin perjuicio de que posteriormente precisemos con mayor exactitud su concepto, podemos definir como «contrato en virtud del cual el franquiciador cede al franquiciado el uso de unos conocimientos técnicos y de unos elementos inmateriales que han contrastado empresarialmente su

CUADRO 1. Tipos de franquicia

SEGÚN EL SECTOR DE ACTIVIDAD

Franquicia de producción	El franquiciador es propietario de la marca y fabricante de los productos que distribuyen los franquiciados.
Franquicia de distribución	El franquiciador selecciona una relación de productos fabricados por otras empresas para que sean distribuidos a través de los puntos de venta de su red de franquiciados.
Franquicia industrial	Tanto el franquiciador como el franquiciado son industriales relacionados por el contrato de franquicia, mediante el cual el primero cede al segundo el derecho de fabricación, la tecnología, la comercialización de los productos, la marca, los procedimientos administrativos y las técnicas de venta.
Franquicia de servicios	El franquiciador ofrece a los franquiciados una fórmula original, específica y diferenciada de prestación de servicios al usuario, con un método experimentado y caracterizado por su eficacia.

SEGÚN EL GRADO Y NIVEL DE INTEGRACIÓN EN LA RED

Franquicia asociativa	El franquiciador participa en el capital de la empresa franquiciada o viceversa.
Franquicia financiera	El franquiciado es simplemente un inversor que no gestiona directamente la franquicia.
Franquicia activa	El franquiciado gestiona directamente el punto de venta.
Franquicia integrada	La relación de franquicia abarca la totalidad del canal de distribución. El fabricante distribuye sus productos de forma exclusiva y directa a través de establecimientos franquiciados minoristas.
Franquicia semi-integrada	La relación de franquicia se mantiene entre mayoristas y minoristas.
Franquicia vertical	La relación de franquicia existe entre diferentes niveles del canal de distribución.
Franquicia horizontal	Se produce entre los minoristas como consecuencia del éxito de uno o varios puntos de venta piloto que posteriormente se franquician a otros puntos de venta.

FORMAS ESPECÍFICAS DE FRANQUICIA

Multifranquicia	El franquiciado tiene más de una franquicia del mismo franquiciador.
Plurifranquicia	El franquiciado gestiona franquicias diferentes que son complementarias y no competitivas entre sí.
Franquicia corner	La franquicia se desarrolla dentro de un establecimiento comercial que destina un determinado espacio a la venta de los productos o a la prestación de los servicios del franquiciador, según las especificaciones del mismo y bajo su marca.
Franquicia master	Se produce cuando entre el franquiciador y el franquiciado existe una figura intermedia —el franquiciado principal— que desarrolla funciones del franquiciador en una delimitación geográfica determinada.

FUENTE: Adaptado de www.tormo.com.

Al examinar las características y las modalidades de la franquicia como fórmula de negocio, se detectan tres caracteres básicos que permiten individualizarla en el mercado frente a otras técnicas de distribución y que constituyen factores decisivos para su elección por los operadores económicos: especialización (lo que permite competir con la capacidad de atracción que tienen otros formatos que ofrecen a los consumidores una gran cantidad de productos y de servicios pero sin especialización alguna), optimización de la gestión (mediante la aplicación de modernas técnicas de gestión empresarial: comunicación, merchandising, técnicas de venta, cualificación del personal,...) y creación de vínculos asociativos entre los miembros de la red de franquicia (en un entorno competitivo, los acuerdos empresariales permiten un mejor posicionamiento en el sector aprovechando las economías de escala y la optimización de esfuerzos al pertenecer a una misma agrupación).

El desarrollo de la franquicia en España, como en general ha sucedido en las economías occidentales, ha sido espectacular; de los poco más de 200 franquiciadores y 8.000 establecimientos franquiciados existentes hace unos años, hemos pasado a los cerca de 1.000 franquiciadores y más de 45.000 establecimientos franquiciados de la actualidad. Los negocios franquiciados suponen en torno al 11% del comercio minorista y ofrecen empleo, tanto directo como indirecto, aproximadamente a 280.000 personas. Al comienzo de la década de los noventa, una época caracterizada por la recesión económica, se produce la verdadera implantación masiva de la franquicia en España. Los primeros sectores que utilizaron la relación entre franquiciador y franquiciados para conseguir una cuota de mercado fueron alimentación, textil, calzado y confección; a continuación, cafeterías, mobiliario, decoración, deportes, agencias de viaje, tintorerías o bares de copas también han recurrido a la articulación de una red de establecimientos franquiciados para expandir sus negocios por todo el territorio nacional.

En la estrategia de crecimiento que valoran las empresas existen distintas fórmulas para buscar un incremento del negocio en el entorno económico, resultando oportuno resaltar a modo de comparación las principales **características diferenciadoras** apreciables entre una expansión por *vía de franquicia* y una expansión *a través de establecimientos propios* que pueden sintetizarse en las siguientes: a) el franquiciado acomete directamente las inversiones y gastos inherentes a la apertura mientras que en el caso de establecimientos propios la inversión y gastos de apertura son soportados en su totalidad por la empresa; b) el franquiciador consigue que la expansión se realice con personal ajeno y, por tanto, no se ve en la necesidad de incrementar su plantilla y soportar un aumento de los costes de personal; c) el franquiciado se motiva por el éxito y buena marcha del negocio mientras que los empleados de los establecimientos propios tendrían un menor compromiso personal con los resultados empresariales (salvo obviamente que su rendimiento se vincule, al menos parcialmente, al resultado de la empresa); d) la

franquicia provoca un *efecto multiplicador* que potencia la presencia de la marca en mercados diversos y distantes que serían inalcanzables para el franquiciador (si éste pretendiese abrir sucursales en estos nuevos mercados la expansión quedaría enormemente condicionada por su disponibilidad de recursos financieros); e) la motivación del franquiciado por el éxito del negocio proporciona al franquiciador una mayor capacidad de control sobre la gestión con una mínima inversión mientras que, en el caso de contar con establecimientos en propiedad, el empresario debe invertir abundante tiempo y dinero en controlar la gestión; y f) las economías de escala favorecen las funciones de aprovisionamiento en las redes franquiciadas frente a las cadenas sucursalistas que tienen menores posibilidades de conseguir los beneficios que se derivan de estas economías de escala.

El análisis de las cadenas de franquicia que han conseguido alcanzar mayores niveles de expansión permite identificar los principales aspectos que actúan como **factores claves de éxito** en el entorno económico. Así, ante todo, en tanto la técnica de la franquicia comporta una estrategia de reiteración de la marca, su éxito depende en gran medida de la utilización de *una marca muy conocida* o con excelentes cualidades de comunicación. Se trata, así mismo, de una técnica de distribución basada en la repetición y, por ello, únicamente apta para aquellos *negocios que tengan unas condiciones mínimas para poder repetirse*. Otro factor de éxito ha sido la *originalidad* en tanto puede constatarse que las franquicias más viables son aquellas que incorporan elevadas proporciones de originalidad y diferenciación así como la *permanencia* o duración en el tiempo (las franquicias de más éxito han sabido prolongar e incluir el tiempo entre sus variables de negocio). Finalmente, la franquicia, como cualquier otra actividad empresarial, está guiada desde la perspectiva de obtener beneficios y, en consecuencia, la *rentabilidad* constituye un factor clave de éxito, aún cuando el beneficio, incluso en las franquicias más rentables, no llegue necesariamente desde el primer año de ejercicio.

En relación con la situación y perspectivas de desarrollo en el futuro de la franquicia en el mercado, existen oportunidades y barreras que se intuyen en sus perspectiva de evolución y que pueden resumirse en las indicadas en el cuadro siguiente:

CUADRO 2. Perspectivas sobre la evolución de la franquicia

OPORTUNIDADES DE EXPANSIÓN

- Expansión apoyada en la globalización de la economía.
- Mayor participación en las ventas del comercio detallista.
- Comercialización de nuevos productos y servicios.
- Importancia de la restauración.
- Franquicias de servicios (consultoría, viajes, hogar, ocio, ...).
- Inversión reducida.
- Posible apoyo desde las Administraciones Públicas.

CUADRO 2. Perspectivas sobre la evolución de la franquicia. (Continuación)

AMENAZAS PARA LA EXPANSIÓN

- Modelo de organización empresarial que afecta al comercio y al consumo.
 - Impacto desigual para las empresas participantes.
 - Fenómeno selectivo desde la perspectiva espacial.
-

FUENTE: Elaboración propia.

Por último, hay que considerar que esta fórmula de negocio tiene que desenvolverse en un entorno económico que es muy dinámico y complejo (véase la figura 2) y, en consecuencia, se plantea una **interacción con diferentes fenómenos económicos** que proporciona a la franquicia nuevas dimensiones y funciones que pueden contribuir a su expansión futura. Este fenómeno puede sintetizarse en los siguientes postulados:

- *La franquicia como vector de globalización.* La expansión de las franquicias hay que situarla en el contexto de globalización económica que define en los últimos años al entorno económico. En este contexto, el crecimiento de la relación de franquicia se ha convertido en un vector relevante para impulsar la creciente internacionalización de actividades como el comercio minorista u otros servicios personales.
- *La franquicia como innovación en la gestión de sectores tradicionales.* Una de las ventajas competitivas de que disfrutan numerosas cadenas de franquicias frente al comercio y los servicios tradicionales, radica en el impulso a la innovación que, con frecuencia, puede asimilarse a esta fórmula. La franquicia actúa como vehículo para difundir innovaciones en la gestión de las empresas participantes mediante las tareas de formación, los flujos de información que se transmiten y las actuaciones con un diseño coordinado.
- *La franquicia como flexibilización de las redes empresariales.* En esta fórmula empresarial se observa, al mismo tiempo, un aumento del número de pequeñas firmas franquiciadas junto a un incremento del tamaño, la capacidad financiera y de decisión de las empresas franquiciadoras. Por tanto, la franquicia funciona como una red compuesta por una serie de nodos que se distribuyen por el territorio según un cierto orden y se mantienen interconectados por flujos materiales e inmateriales pero que, en última instancia, proporcionan una valoración flexible del sistema.
- *La franquicia como forma de jerarquización comercial.* La franquicia supone la consolidación de redes empresariales de estructura muy simple, constituidas

tan solo por dos o tres niveles, y caracterizadas por una fuerte jerarquización de los flujos de decisión que circulan por su interior. Las condiciones impuestas por el franquiciador en los contratos son un buen ejemplo de esas relaciones de dependencia e intercambio desigual entre participantes.

- *La franquicia como factor de homogeneización de las formas comerciales y las pautas de consumo.* El objetivo prioritario en el negocio del franquiciador suele ser la búsqueda de la máxima homogeneidad posible que se transmite por una imagen de marca perfectamente reconocible por el cliente y, por tanto, previsible en su decisión de consumo. Entre otras cuestiones, la reproducción exacta de todos los establecimientos y la existencia de manuales propios de cada enseña son ejemplos apropiados para destacar esa identidad corporativa.
- *La franquicia como factor determinante en los contrastes territoriales.* La organización espacial de las franquicias permite constatar una distribución territorial selectiva y concentrada apoyada, por un lado, en las sedes centrales de los franquiciadores y, por otro, en los umbrales de demanda potencial marcados para el funcionamiento de los franquiciados.

FIGURA 2. El entorno económico de la franquicia



FUENTE: Gámir y Méndez (1998).

B) La opción por la franquicia frente a otras alternativas

El franquiciador y el franquiciado son empresarios independientes sin más relación entre ambos que la establecida por el contrato de franquicia, de la que derivan derechos y obligaciones para ambas partes contratantes. La decisión sobre la celebración del contrato de franquicia y la consiguiente asunción de las obliga-

ciones derivadas del mismo, viene determinada por el análisis previo de las ventajas e inconvenientes que del establecimiento de una relación de franquicia resultan para cada uno de los contratantes. A este respecto, en los últimos años han proliferado estudios e informes sobre el funcionamiento de la franquicia tanto desde una perspectiva económica como jurídica, en la mayoría de los cuales puede apreciarse una revisión o, al menos, un cuestionamiento de los aspectos positivos para el entorno económico del sistema de franquicia; sin embargo, conviene recordar que el grado de permanencia (o en sentido negativo, de mortalidad empresarial) de las empresas de franquicia se encuentra en consonancia con el correspondiente en negocios independientes (se estima que una de cada tres empresas de franquicia puestas en marcha terminan en fracaso antes de cinco años).

En este contexto, parece oportuno señalar separadamente las ventajas e inconvenientes que el establecimiento de una relación de franquicia puede reportar al franquiciador y al franquiciado.

a) Ventajas e inconvenientes de la franquicia como sistema de distribución desde la perspectiva del franquiciador

El empresario que, siendo titular de la marca que constituye el signo distintivo básico del producto o servicio franquiciado y de los derechos de comercialización de una serie de productos o servicios, opta por la franquicia como sistema de distribución persigue expandir su actividad y aumentar su cuota de mercado apoyándose en los franquiciados, para lo cual resulta imprescindible contar, de un lado, con un concepto de negocio reproducible y, de otro, con un producto o servicio variado, amplio, de calidad y exclusivo. Este sistema exige que el empresario franquiciador asuma la responsabilidad de formar y apoyar de manera continuada a sus franquiciados controlando, además, la adecuación de la gestión de cada negocio franquiciado al sistema que él ha articulado y transmitido, por lo cual se presupone que aquél cuenta con suficiente experiencia en el sector en el que desarrolla la franquicia, una estructura económica mínima y una capacidad de gestión adecuada para poder asistir y apoyar a la estructura franquiciada. En cualquier caso, la opción por la franquicia como sistema de distribución requiere el previo análisis de las ventajas e inconvenientes que de la misma pueden derivar frente a otros sistemas o técnicas de distribución de bienes y servicios.

Desde el punto de vista de las **ventajas** para el franquiciador, la franquicia permite ante todo el *aprovechamiento de las economías de escala* pues, con la posibilidad de expandir las unidades de negocio, el franquiciador consigue que el coste medio de producción o distribución decrezca conforme aumenta la cantidad fabricada o comercializada (en este caso, por ejemplo, se puede conseguir una re-

ducción de los costes comunes a toda la red porque con un mayor tamaño se obtienen mejores condiciones en precios y plazos).

A su vez, *la expansión del negocio plantea menores requerimientos* en términos de recursos financieros, humanos u organizativos. Hay una mayor capacidad de crecimiento y, además, a un ritmo más acelerado; al mismo tiempo, los inconvenientes derivados de una gran estructura se minimizan: de un lado, se precisan pocas personas aunque tienen que ser cualificadas y especialistas en los diversos aspectos que rodean al negocio y, de otro, la inversión necesaria para la expansión es sensiblemente más reducida porque se cuenta con las aportaciones de los franquiciados.

Frente a la expansión basada en la titularidad propia de todos los establecimientos distribuidores, la franquicia requiere *menores gastos en el control de la gestión* y, en particular, elimina los costes de gestión de las relaciones laborales con el personal de los establecimientos franquiciados que depende exclusivamente del empresario franquiciado.

El sistema de franquicia proporciona al franquiciador ingresos provenientes de diferentes vías: royalties, proveedores, margen de venta de productos o de prestación de servicios, intermediación en publicidad, ...; existe, por tanto, una *diversificación de los riesgos* lo cual plantea la posibilidad de elaborar una estrategia global con la red de franquicias.

El franquiciador cuenta, de manera adicional, con una motivación del franquiciado para que el negocio funcione y se expanda rápidamente. *No hay negocio mejor gestionado que aquel que está dirigido por quien mayor beneficio saca del mismo*. Por el contrario, cuando se apoya en empleados, la identificación con las actividades empresariales ajenas resulta significativamente más complicada.

Por otra parte, el franquiciador tiene un *control total sobre la distribución del producto o la prestación del servicio* (por ejemplo, maneja la organización del punto de venta, la prescripción del producto por parte del personal, la estrategia de ventas,...) y, además, se asegura la homogeneidad del negocio y el control en la aplicación de la política de imagen.

Finalmente, con la franquicia se consigue una expansión territorial del negocio franquiciado que permite *aprovechar los recursos humanos de cada uno de los colaboradores* que se captan en las distintas zonas que, al mismo tiempo, conocen perfectamente el entorno en el que desarrollan la actividad (número de habitantes, gustos de los consumidores, renta per cápita, hábitos de compra y de consumo, ...).

Como contrapartida de las ventajas señaladas, la franquicia como sistema de distribución también plantea **inconvenientes** para el franquiciador. Ante todo, este sistema propicia un *afán de independencia* por parte de los distribuidores-franquiciados; en ocasiones, la evolución favorable del negocio puede suponer que el franquiciado identifique la clave del éxito con la gestión e iniciativa personal que

ha desarrollado y, por tanto, se cuestione la necesidad de cumplir con la obligación de pagar las cuotas fijadas, circunstancia que puede acabar con la aparición de un nuevo competidor para el franquiciador.

La opción por la franquicia como sistema de distribución implica la *intervención en el negocio de un tercero* en relación con el cual las posibilidades de control directo están muy diluidas, tercero que además es independiente jurídica y económico-
mícamente lo cual minora la capacidad de actuación sobre los establecimientos franquiciados y, de ese modo, limita al franquiciador las facultades de gestión de su negocio.

Plantea, asimismo, la *necesidad de establecer unos criterios rigurosos y unos elevados niveles de exigencia a la hora de seleccionar a los franquiciados* que formarán parte de la cadena. Este proceso va a determinar el prestigio de la marca pero puede convertirse en una importante limitación para la expansión del negocio. A su vez, se deben controlar y vigilar las actuaciones de los franquiciados porque repercuten sobre el funcionamiento global de la cadena y, en el caso de comportamientos indebidos, pueden producir un daño relevante sobre la marca. La imposición de actuaciones dentro de una estrategia integral genera dificultades y, de una manera muy especial en este contexto, puesto que el franquiciado es el dueño de su negocio y como tal concibe un derecho absoluto a gestionarlo.

Por otra parte, la *rentabilidad de un establecimiento propio es más elevada que la de un establecimiento franquiciado*. En la relación de franquicia, el beneficio debe repartirse entre las dos partes que intervienen —franquiciado y franquiciador— si bien, aunque los ingresos que proporciona cada unidad franquiciada son inferiores, también debe considerarse que se hace participe al franquiciado de un porcentaje relevante de los beneficios a cambio de los riesgos y responsabilidades que asume —por ejemplo, financieras o de personal—.

Por último, la utilización de la franquicia como técnica distributiva requiere un *período de aprendizaje* así como la participación de expertos que colaboren en la creación de la red y guíen las acciones y decisiones que han de adoptarse en cada momento.

b) Ventajas e inconvenientes de la franquicia desde la perspectiva del franquiciado

El franquiciado es, ante todo, un empresario plenamente independiente y, en cuanto tal, responsable de los medios humanos y financieros que contrata y de sus actuaciones económicas en la explotación de la franquicia. A cambio de una contraprestación económica, accede al uso de la marca y a los derechos de comercialización de los productos o servicios cuya titularidad ostenta el empresario

franquiciador. La incorporación a una red de franquicia viene precedida de un examen de idoneidad por parte del franquiciador que previamente ha fijado las características o rasgos básicos que deben servir para definir el perfil idóneo del franquiciado, entre los que suelen incluirse la experiencia y conocimiento de mercado, contar con un cierto grado de iniciativa personal así como capacidad para asumir responsabilidades propias de la gestión cotidiana y para asimilar el modelo operacional transmitido por el franquiciador. En todo caso, también la decisión de incorporarse a una red de franquicia asumiendo la posición de franquiciado requiere un análisis previo de las ventajas e inconvenientes que, desde un punto de vista económico, derivan de este sistema de distribución.

Desde el punto de vista de las **ventajas** para el franquiciado, puede destacarse la *disminución del riesgo asumido* respecto de la opción por un negocio individual e independiente; en la franquicia, riesgo asumido por el franquiciado está minimizado por los resultados positivos que se desprenden de las *unidades piloto* que permiten verificar previamente la rentabilidad del negocio en las mismas condiciones en que posteriormente se transmitirá a la red franquiciada y del resto de establecimientos franquiciados. No obstante, el franquiciado cuenta con garantía de independencia, tanto jurídica como económica, respecto al franquiciador lo que supone que ambos asumen el éxito o el fracaso de la empresa, lo cual genera una fuerte colaboración entre ambas partes para sacar adelante el negocio y obtener los mismos éxitos.

El funcionamiento y la operativa del negocio vienen planteados por el franquiciador, lo cual simplifica significativamente la gestión y garantiza una metodología ya implantada con éxito en el mercado. El elemento clave de toda franquicia radica en el hecho de que el franquiciador cede al franquiciado un *saber-hacer* que diferencia el funcionamiento del negocio y que se convierte en la base del éxito en el mercado; además, el franquiciado puede explotar éste en una zona geográfica previamente determinada con exclusión de otros sujetos pues resulta habitual disponer de una zona de exclusividad territorial para el negocio.

Las economías de escala que se derivan de la operatividad de toda la red repercuten positivamente sobre el franquiciado y, de manera especial, en relación con los suministros (así, por ejemplo, el franquiciado se beneficia de condiciones de compra más favorables como plazos de pago más ventajosos y seguridad en el aprovisionamiento de materias primas). En este mismo contexto puede señalarse que, en el caso de franquicia, aumentan muy considerablemente las posibilidades de comunicación y de marketing respecto a las que el franquiciado tendría actuando individualmente y, además, con un coste muy inferior (a la empresa franquiciadora corresponde la planificación de las acciones de comunicación y marketing y su ejecución a nivel nacional, asumiendo igualmente el compromiso de asesorar y colaborar con el franquiciado en las actuaciones a nivel local).

Por otra parte, el franquiciado participa de la rentabilidad que proporciona la explotación de la marca que constituye la base de la red de franquicia, particularmente en los casos en los que la misma es una marca prestigiosa y de renombre asociada a una franquicia extendida y consolidada a nivel geográfico, lo que proporciona al franquiciado reconocimiento nacional o, incluso, internacional. El prestigio de los negocios franquiciados (marca, experiencia, capacidad financiera, ...) permite acceder a una localización privilegiada de las actividades (por ejemplo, las franquicias de establecimientos comerciales o de restauración están consiguiendo locales atractivos para los consumidores en la promoción de nuevos centros comerciales y, en ocasiones, se convierten en factores-clave para el éxito de éstos).

A pesar de que el franquiciado goza de autonomía e independencia respecto al franquiciador, recibe apoyo continuo por parte de éste en aspectos como técnicas de venta, administración, merchandising, acondicionamiento del local, contabilidad, informática, ... Ese asesoramiento y apoyo técnico y comercial es permanente y continuo durante el funcionamiento del establecimiento franquiciado, planteándose cursos de formación y reciclaje para el franquiciado y su personal en los que se incorpora información sobre productos o servicios emergentes.

A su vez, en relación con la financiación, el franquiciado puede obtener ayudas económicas o condiciones financieras más favorables que las de mercado en el momento de iniciación de la actividad, ya que el franquiciador suele acordar con entidades financieras condiciones especiales en la concesión de créditos y otras operaciones (generalmente, con un coste inferior al de mercado) para facilitar la expansión de la franquicia. Del mismo modo, el franquiciador dedica una parte de su inversión a la investigación y desarrollo de nuevos productos y servicios, con lo cual el franquiciado se beneficiará de aquellas novedades que resulten exitosas.

Pero, frente a este amplio conjunto de ventajas, la incorporación a una red de franquicia también plantea desde un punto económico ciertos **inconvenientes** derivados en gran parte del desplazamiento del riesgo de mercado desde el franquiciador hacia el franquiciado. Así, ante todo, el franquiciado no obstante su condición de empresario independiente cuenta con un reducido margen de creatividad personal puesto que su actividad está sometida a una serie de normas prefijadas por el franquiciador que, además, son de obligado cumplimiento para toda la red de establecimientos que integran la franquicia (la práctica totalidad de aspecto de explotación del negocio están estipulados en los manuales). Entre dichas normas se encuentran frecuentemente obligaciones de adquisición de bienes del franquiciador que incrementan la asunción del riesgo por su parte.

En los casos en los que la actividad franquiciada genere un margen bruto similar a otro negocio independiente, el beneficio final es menor que en éste porque hay que repercutir los costes directos de estar integrado en la red (derechos

de entrada y royalties de funcionamiento y publicidad). A su vez, si el negocio supera las previsiones iniciales de rentabilidad, el franquiciado cuestionará la necesidad de pagar los royalties de funcionamiento y de aceptar las visitas de control del franquiciador.

Los vínculos de colaboración existentes entre franquiciador y franquiciado determinan que las condiciones de desenvolvimiento de aquél (económicas, organizativas y estructurales) repercutan directamente y en todo momento sobre la actividad de éste; así, un franquiciador en fase de lanzamiento se esfuerza más por captar nuevos franquiciados y menos en prestar servicios de asistencia y apoyo; un franquiciador no ético se ciñe a maximizar su beneficio y olvida la relación de apoyo al franquiciado; finalmente, un franquiciador puede tener problemas de recursos financieros y humanos que repercutan negativamente sobre las unidades franquiciadas. Del mismo modo, también la evolución del conjunto de los establecimientos de la red incide sobre cada franquiciado puesto que un bajo rendimiento y una menor capacidad de otros establecimientos franquiciados puede afectar negativamente a la imagen y reputación de un franquiciado concreto.

Finalmente, el reconocimiento en el contrato de franquicia de determinados derechos de compra a favor del franquiciador, disminuyen las posibilidades de transmisión del negocio para el franquiciado, lo cual limita el aprovechamiento del valor generado por la actividad de éste.

c) Los efectos de la franquicia sobre los consumidores

Como es sabido, la franquicia es un sistema dirigido a facilitar la distribución de bienes y servicios en el mercado y, en consecuencia, con resultados favorables también para los consumidores que justifican en ocasiones un especial tratamiento en materia de restricciones a la competencia (sobre esta cuestión véase ampliamente *infra*). No obstante, también puede considerarse que los consumidores soportan, entre otros, pero de manera relevante por su posición débil, determinados efectos negativos derivados del funcionamiento del sistema de franquicia, entre los que pueden ser destacados los siguientes:

- *Elevada homogeneidad de los negocios franquiciados.* Las actividades franquiciadas se caracterizan por seguir unas directrices que son marcadas para toda la red de establecimientos y que pretenden conseguir un funcionamiento uniforme en todas las unidades de negocio. Ahora bien, esa estandarización puede resultar excesiva en el momento en el que los concesionarios no tienen posibilidad de utilizar sus propias ideas y, por tanto, no poseen capacidad para adaptarse a las potenciales demandas de sus clientes.

En consecuencia, los consumidores pueden encontrar negocios franquiciados en los que tienen que soportar los efectos derivados de una gestión común para un amplio número de establecimientos que, por ejemplo, pueden estar implantados en localidades distintas y distantes. Por tanto, los individuos ven mermada su capacidad de elección, soportan precios estandarizados, cuentan con una oferta restringida y, en definitiva, no encuentran flexibilidad para satisfacer sus necesidades particulares.

- *Disminución de la eficiencia con los pagos de los franquiciados al franquiciador.* La asistencia que presta el franquiciador a sus franquiciados es una cuestión que generalmente se valora positivamente sobre la evolución final del negocio. Ahora bien, a cambio de la ayuda que reciben, los establecimientos franquiciados deben satisfacer una contraprestación económica en concepto de derechos, tanto al inicio del negocio como de manera periódica, que sirve para remunerar la labor del franquiciador. Estos pagos o cánones incrementan la partida de gastos de los franquiciados y, por tanto, si pretenden mantener un margen de beneficio constante, obligan a incrementar los ingresos generalmente mediante el aumento de los precios. En definitiva, parece claro que el consumidor es en última instancia el agente que soporta esa menor eficiencia derivada de los cánones periódicos teniendo que pagar un *sobreprecio* por los bienes o servicios franquiciados que consume.
- *Lentitud de las franquicias para adaptarse a los cambios.* Los consumidores cuentan cada día con un mayor nivel de formación e información. Por tanto, las demandas de los individuos se apoyan, por un lado, en la comunicación o en la publicidad pero, por otro, también cuentan con el análisis responsable de los efectos de sus decisiones de consumo (salud, calidad de vida, esparcimiento, ahorro de tiempo, ...). Los cambios demográficos, económicos, en los estilos de vida o en la tecnología de compra configuran, de una forma casi continua, un perfil innovador de compradores. Resulta posible plantear que, en muchas ocasiones, los consumidores actúan de una forma volátil e infiel; esto es, comparan precios, productos, calidades, establecimientos, ..., y al final consumen en función de sus intereses cambiantes. La conclusión parece clara: los negocios que ofertan bienes y servicios tienen que estar adaptándose de una manera continua a los requerimientos de los consumidores.

Un negocio franquiciado inicia su actividad en un momento determinado e intenta conseguir una cuota de mercado aprovechando las ideas concretas que el franquiciador ha utilizado con anterioridad en unidades piloto. Por tanto, el tiempo se utiliza, apoyándose en la experiencia, para aumentar la red de franquicias; el objetivo principal es conseguir un volumen considera-

ble de negocio con el mayor número posible de franquiciados. El tamaño que tienen las redes franquiciadas y la estandarización de actividades entre los franquiciados confieren a este tipo de negocios una especial lentitud para adaptarse a las nuevas demandas y tendencias del consumidor. En consecuencia, los compradores pueden observar como los establecimientos franquiciados *tardan mucho en cambiar cuando se trata de atender aquellas demandas que son incipientes o que están de moda.*

- *Escasa adecuación a las características particulares de los mercados locales.* En ocasiones, la expansión de las franquicias supera el mercado de origen; esto es, el número de franquiciados se extiende hasta zonas distantes que operan conforme a las condiciones establecidas por el franquiciador. Esta circunstancia se puede explicar utilizando el concepto de *efecto desbordamiento* propio de la economía internacional: un negocio franquiciado comienza a funcionar en el mercado de origen pero el crecimiento progresivo del mismo —aparición de nuevos franquiciados— hace que el entorno local se sature y, por tanto, aparezcan barreras para continuar la expansión; este negocio se *desborda* hacia nuevos lugares donde puedan establecerse asociados que funcionen con la filosofía de la franquicia. En España, del total de establecimientos franquiciados, un 22% procede del extranjero —cerca de 10.000 establecimientos—, destacando los que pertenecen a redes de EEUU, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido.

El consumidor local, que advierte como se implantan negocios franquiciados procedentes de otros mercados, no siempre se identifica con los productos y servicios que se comercializan en estos establecimientos porque funcionan conforme a las condiciones del franquiciador y, por tanto, resulta frecuente que no coincidan con las características del mercado local. Ante esta circunstancia, el franquiciado local cuenta con poca flexibilidad para dar un giro a las características del negocio —que incluso puede asentarse sobre una marca con prestigio universal— para adaptarse a las condiciones propias que demandan los consumidores de su entorno.

- *Diferentes estrategias de cobertura del mercado.* La elección de una estrategia para operar en el mercado depende del objetivo perseguido por la empresa franquiciadora dentro su entorno competitivo. Por tanto, las posibilidades del consumidor para adquirir un bien o servicio franquiciado van a estar condicionadas por la cobertura de mercado que decida desarrollar el franquiciador que puede optar entre tres posibilidades básicas:
 - Distribución intensiva: utilización del mayor número posible de puntos de venta con potencial utilización de distintos canales de comercialización

(este tipo de distribución es adecuada para productos de compra frecuente y bajo valor unitario destinados a un elevado número de consumidores).

- Distribución selectiva: orientada a mercados concretos y grupos de distribuidores específicos y, por tanto, se requiere un gran control del canal comercial (esta estrategia distributiva se utiliza para productos diferenciados y de marca).
- Distribución exclusiva: se persigue el control del proceso de distribución y de la imagen de marca, se limitan los intermediarios y se establecen acuerdos sobre la política comercial a desarrollar.

La franquicia se puede entender como una fórmula particular de la distribución exclusiva. Por tanto, la comercialización de productos bajo esta estrategia supone una restricción en la capacidad de elección de los consumidores con respecto a la distribución intensiva y a la distribución selectiva.

- *Exclusividad de mercado.* La relación entre franquiciador y franquiciado incluye habitualmente un acuerdo de exclusividad, un tipo de acuerdo que limita la capacidad de actuación del consumidor. Principalmente, se restringe la implantación de nuevos operadores para que participen en el mercado de referencia y, por tanto, incrementen la competencia —en términos de precios y/o nuevos servicios—. Además, el franquiciado tiene prohibido ampliar la oferta y la prestación de servicios más allá de los límites marcados por el franquiciador y, por tanto, el consumidor siempre encuentra preestablecidos los bienes y servicios ofertados.
- *La franquicia se posiciona ante los consumidores como un grupo de interés.* Los establecimientos franquiciados, al firmar el contrato con el franquiciador, pasan a pertenecer a una gran organización beneficiándose de las ventajas que otorga el tamaño de la empresa a la que pertenecen: gestión central, asesoramiento continuo o apoyo logístico, por ejemplo. En este sentido, los franquiciados actúan con unos intereses y unos objetivos comunes que guían su posicionamiento frente a los consumidores. Sin embargo, los individuos en la relación que mantienen con los franquiciados actúan de manera independiente, es decir, cada consumidor defiende sus preferencias y en ningún momento se tiene la sensación de colectivo.
- *La franquicia se presenta como alternativa al comercio tradicional.* La participación del comercio tradicional está perdiendo significación dentro del panorama

distributivo, circunstancia que está siendo aprovechada por la franquicia que, en muchas ocasiones, recurre al segmento de consumidores que queda insatisfecho para cubrir sus necesidades. La desaparición del comercio tradicional se debe a muchos factores: innovaciones tecnológicas, nuevos formatos comerciales, envejecimiento de los propietarios, menor significatividad de los autónomos, estrategias de la gran distribución, ... Ahora bien, ninguna de las fórmulas emergentes —incluida la franquicia— consiguen ofrecer un trato personalizado a la clientela tal y como se estaba produciendo hasta el momento con el comercio tradicional. El consumidor desconoce, además, con frecuencia la estructura y funcionamiento real de la franquicia, sin ser consciente de quien puede ser realmente el sujeto al que imputar las consecuencias de los daños contractuales, o no, que pueda recaer sobre él.

- *Emulación en los patrones de implantación de la oferta.* La valoración creciente del factor tiempo, la mayor propensión hacia las actividades de esparcimiento, la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral o la aparición de submercados específicos son algunos de los factores que han impulsado la localización conjunta de un gran número de actividades del sector terciario. Desde una perspectiva económica, este fenómeno se explica por el *principio de aglomeración* y por el *principio de complementariedad*. A tenor del primer principio un número de establecimientos que ofertan los mismos productos obtendrían más ventas si están situados adyacentemente o muy próximos entre sí que si estuvieran dispersos; según el segundo principio, los establecimientos que ofrecen productos que entran dentro del mismo proceso de adquisición incrementan sus ventas al situarse próximamente y complementar así las demandas del consumidor.

Los centros comerciales se han convertido en el ejemplo más habitual de localización conjunta de negocios que pretenden cubrir la demanda global de los consumidores (comercio, restaurantes, cafeterías, cines, boleras, cervecerías, ...). En España, el 40% de los locales implantados en los centros comerciales están franquiciados, es decir, se ha aprovechado este formato comercial como una opción masiva para extender la red del negocio franquiciado.

El problema aparece por la limitación en la elección de los consumidores cuando se encuentran los mismos establecimientos oferentes con independencia del lugar de consumo. En otras palabras, se ha producido un proceso de emulación en los equipamientos comerciales que hace que la oferta sea casi similar en cualquier centro comercial de cualquier país, una tendencia a la que ha contribuido significativamente el sistema de franquicia. En definitiva, la falta de diversidad y variedad de oferta condiciona enormemente las circunstancias de desenvolvimiento de la demanda.

- *Abundancia de cadenas franquiciadas.* La fórmula de la franquicia consigue un desarrollo pleno en España a partir de la década de los noventa y, desde ese momento, se observa como este tipo de relación se extiende hasta actividades muy particulares (restauración de interiores, servicios de detectives, transporte urgente, gestoría/asesoría,...). Parece haberse importando la filosofía americana de que *todo es franquiable*. Esta circunstancia ha provocado que en los momentos actuales funcionen en España más de 900 cadenas de franquicias y cerca de 45.500 establecimientos franquiciados y, consecuentemente, que se advierta una elevada heterogeneidad de comportamientos. Por tanto, en aquellos casos en los que el franquiciador antepone el ánimo de lucro a la correcta colaboración con los franquiciados, la eficiencia del negocio se resiente y los que soportan las consecuencias negativas son, en última instancia, los consumidores.
- *Concentración territorial de las redes de franquicia.* La franquicia se presenta como una fórmula universal para expandir negocios e intentar captar la mayor cuota de mercado con el apoyo de los franquiciados. Por tanto, cabría pensar que todos los consumidores tienen un fácil acceso —o al menos en las mismas condiciones— a la adquisición de productos y/o prestación de servicios franquiciados. La realidad es muy diferente puesto que se observa cómo la ubicación de los establecimientos es una variable fundamental que sopesan las cadenas franquiciadoras. Por ejemplo, resulta frecuente que se marquen umbrales de población por debajo de los cuales no pueden implantarse los establecimientos franquiciados y, por tanto, se priva a los individuos de esos lugares de poder optar a la oferta de los establecimientos franquiciados.

Por otra parte, cuando se analiza la localización de las redes de franquicia, por ejemplo para el caso español, se observa un enorme desequilibrio en su ubicación: la Comunidad de Madrid cuenta con 284 o Cataluña con 272 mientras que, por contra, Extremadura tiene 3 o Castilla-La Mancha 8. En definitiva, se observa que los consumidores del entorno urbano tienen más probabilidades que los consumidores del entorno rural de contar entre su equipamiento comercial con redes de franquicias. Los negocios franquiciados, por tanto, pueden identificarse como elementos de desequilibrio territorial para la demanda de los consumidores.

- *Evolución del proceso expansivo de las franquicias.* La franquicia se concibe en estos momentos como una fórmula que está en una fase de consolidación. Esto es, al tiempo que desciende paulatinamente el número de aperturas se observa como asciende la facturación de cada uno de los negocios existentes: las previsiones de aperturas de franquiciados para el año 2002 (concretamente,

4.700) son la mitad que las registradas en el 2001, mientras que en el 2002 el volumen de facturación se acerca a los 13.000 millones de euros frente a los 10.200 millones del año pasado.

Ante esta situación, los consumidores observan cómo la ampliación de establecimientos franquiciados y por tanto sus mayores posibilidades de elección a la hora de realizar una compra o consumo de bienes y servicios, comienza a estancarse. Es decir, la fidelización hacia este conjunto de establecimientos no parece que vaya a corresponderse con la apertura masiva de negocios que faciliten el acto de consumo.

- *Escasa implantación de las franquicias en internet.* Los procesos de globalización e internacionalización de los mercados, las nuevas tecnologías o las tendencias hacia la externalización en la prestación de los servicios plantean nuevos horizontes sobre el desenvolvimiento de las actividades de consumo. En este contexto, surge el comercio electrónico como una nueva forma comercial que ofrece prestaciones competitivas en precios y servicios (según la OCDE, *el uso del comercio electrónico está suponiendo lo que significó Ford para el automóvil: de un lujo para pocos a un relativamente simple y no muy caro elemento para la mayoría*).

La franquicia, a pesar de presentarse como una fórmula consolidada en el panorama económico, no ha planteado un desarrollo firme a través de internet. En España puede apreciarse que casi ninguna cadena de franquiciadores aprovecha el potencial que ofrece internet para impulsar y, sobre todo, diversificar sus actuaciones: captación de franquiciados, mejora de los sistemas de gestión, fidelización de la clientela, reducción de intermediarios, agilización en el intercambio de información entre franquiciados, perfeccionamiento de los métodos de formación de plantillas, homogeneización de los sistemas de gestión y control, seguimiento de las ventas, ...

Conforme a todo lo anterior, el consumidor que decide recurrir a los negocios franquiciados está soportando una escasa aplicación de la red por parte de los diferentes operadores. Por tanto, esa escasa interacción entre franquiciador, franquiciados y clientes puede repercutir en unos mayores costes en términos de eficiencia, calidad del producto o servicio, ... El cuadro 3 expone varios ejemplos de los beneficios que no pueden aprovechar los clientes de los negocios franquiciados como consecuencia de la escasa implantación de las nuevas técnicas de la economía digital.

- *Repercusiones negativas de la relación entre franquiciador y franquiciados.* La relación que mantiene el franquiciador con los franquiciados resulta clave para el buen funcionamiento del negocio en el mercado y para que, al mismo tiempo, exista una respuesta positiva, en términos de consumo, por parte de los

CUADRO 3. Beneficios para el consumidor del comercio electrónico

Facilidad de compra desde el hogar evitando desplazamientos a los establecimientos comerciales	<ul style="list-style-type: none"> —Se plantea la posibilidad de acudir a una <i>tienda</i> que no cierra en todo el día (algunos estudios apuntan que el 40% de las compras que se realizan a través del comercio electrónico están localizadas entre las 22 horas y las 10 horas del día siguiente). —Desde casa se puede realizar todo el proceso de adquisición. En consecuencia, reduce las barreras de acceso a los mercados actuales y abre oportunidades para explorar nuevos mercados. —Una característica positiva atribuida a la venta electrónica es que supone un importante apoyo logístico para las personas que viven lejos de establecimientos con una oferta específica —por ejemplo, un hipermercado— o no pueden desplazarse hasta el mismo.
Abaratamiento del precio de los artículos	<ul style="list-style-type: none"> —Por ejemplo, se advierte esta circunstancia en la venta de los productos en soporte electrónico (textos, imágenes, videos, música, software, ...) que se pagan y se entregan directamente en la red.
Información rápida y precisa que ofrecen las tiendas virtuales	<ul style="list-style-type: none"> —El consumidor amplía su capacidad de acceder a prácticamente cualquier producto y de comprar oferentes.

FUENTE: Elaboración propia.

clientes de la franquicia. Ahora bien, existen una serie de aspectos en los que, en algunas ocasiones, se generan discrepancias entre el franquiciador y el franquiciado lo cual, entre otras cuestiones, puede generar repercusiones negativas para los consumidores que no pueden obtener toda la utilidad que pensaban en la demanda que efectúan de dichos bienes o servicios franquiciados. Las principales áreas de conflicto entre franquiciador y franquiciados se pueden sintetizar en las siguientes:

- *Falta de adecuación de factores logísticos:* el franquiciador está comprometido a garantizar, en todo momento, el suministro permanente y de máxima calidad condicionando, además, el crecimiento de su red de distribución a sus verdaderas posibilidades.
- *Descompensación entre el crecimiento de la cadena y la estructura empresarial:* muchas cadenas, por el atractivo concepto de sus negocios, han experimentado un crecimiento vertiginoso. Ahora bien, el éxito empresarial inicial puede convertirse en una progresiva regresión de la red occasionada por la ausencia de asistencia desde la central por su inadecuado dimensionamiento.
- *Planteamientos erróneos sobre las obligaciones financieras del franquiciado:* los pagos que el franquiciado tiene que realizar al franquiciador, en forma de derechos de integración o royalties, no pueden establecerse únicamente sobre el propósito de lucro del franquiciador. Esas obligaciones financie-

ras tienen que ir acompañadas de una contraprestación en los servicios y permitir un margen suficiente al franquiciado para que no comprometa la estabilidad de la franquicia.

- *Registro inadecuado de marcas:* en ocasiones hay empresas que han desarrollado una determinada actividad en su mercado local bajo una marca no registrada y, posteriormente, se ven frenadas cuando deciden enfocar su proyecto hacia la franquicia. Por otra parte, también se observa que pueden aparecer problemas cuando se intenta internacionalizar una franquicia por la imposibilidad de registrar la marca.
- *Irregularidades en la asignación de zonas de exclusividad territorial:* la ubicación de una nueva unidad de negocio y la asignación de una demarcación de no competencia condicionan las posibilidades reales de negocio pero, además, pueden comprometer el programa de desarrollo del franquiciador.
- *Anomalías en la selección del franquiciado:* aunque parece lógico conceder la franquicia a los empresarios que reúnan el perfil más adecuado para su explotación, el franquiciador siempre pretende rentabilizar sus inversiones cuanto antes y, en ocasiones, puede proceder a una concesión arbitaria de la franquicia.
- *Insuficiencia formativa de los franquiciados:* el origen de numerosos fracasos empresariales de unidades franquiciadas reside en inadecuados planes de formación del franquiciado y de su propio personal. Franquiciar es reiterar experiencias empresariales.
- *Deficientes enfoques de control de la gestión:* la mejor vía para asistir al franquiciado es proporcionarle asesoramiento y consejo en las cuestiones donde resulte necesario para lo cual hay que apoyarse en eficaces sistemas de comunicación interna.
- *Imposición de restricciones a la libre competencia de las empresas contratantes:* no puede olvidarse el carácter independiente que mantienen las empresas contratantes y, por tanto, el franquiciador no debe imponer restricciones a la libre competencia de los franquiciados. Las cláusulas que introducen ese tipo de condicionantes minoran la capacidad de decisión y la rentabilidad de los franquiciados.

Capítulo II

El contrato de franquicia

Una vez expuesta cuál es la relación de la franquicia con los demás modelos de distribución y su encuadre sistemático en el marco de los contratos de distribución conjuntamente con su valoración económica, corresponde realizar el análisis específicamente jurídico del contrato de franquicia siguiendo el modelo tradicional de exposición de la estructura de los contratos (concepto, naturaleza, régimen, contenido y extinción).

1. CONCEPTO Y CAUSA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia carece en nuestro ordenamiento de un régimen jurídico sustantivo, si bien sea un contrato legalmente tipificado y asistemáticamente contemplado en alguno de sus aspectos por diversos sectores de nuestra normativa.

El concepto del contrato de franquicia se encuentra en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) que lo define como aquél *«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»* (art. 62.1). El concepto se inserta dentro de un marco, el de la ordenación del comercio, que está más preocupado por el control de la actividad comercial del franquiciador en la concesión de franquicias que de la regulación de la figura. Y esta es la razón por la que el concepto legal es limitado en su ámbito (no contempla la franquicia industrial), no se ofrece un régimen sustantivo de la figura (tan sólo se regula la información previa que debe proporcionar el franquiciador en lo que podríamos llamar una obligación precontractual) y únicamente se exige la inscripción del franquiciador en el Registro pertinente antes de comenzar su actividad, anudando a su incumplimiento una específica sanción como infracción grave (art. 65.1, r LOCM). Se persigue, en definitiva, una eficaz intervención de las Administraciones públicas en la ordenación de las buenas prácticas comerciales, corrigiendo un posible desequilibrio de información perjudicial para las pequeñas empresas del sector distributivo, de la que se espera además un beneficio para los consumidores (así se expresa la Exposición de Motivos de la LOCM).

Al legislador no le ha interesado abordar en la LOCM el régimen del contrato de franquicia sino sólo establecer un mínimo imperativo de buen comportamiento empresarial, que podrá completarse con los Códigos de buena conducta que libremente surjan en el sector para su autorregulación (Exp. Mot.). Y a estos fines indica que reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de la cesión de franquicias (art. 62.3). La preocupación es un mínimo control de **la actividad**, del franquiciador, sea persona física o jurídica (art. 62.2), pero no el establecimiento del régimen del contrato de franquicia, a la que caracteriza como «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 de servicios*».

En el ejercicio del mandato legal y de los fines perseguidos por el artículo 62.3 de la LOCM, se promulga el RD 2485/1998 de 13 de noviembre (BOE núm. 282 de 26/11/98) que lo desarrolla reglamentariamente. El desenvolvimiento del mandato legal se concreta por lo tanto en la regulación detallada de las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y crear el Registro de Franquiciadores (art. 1), que efectúa de forma suficiente (notable información obligatoria hacia el suministrado con carácter previo al contrato; creación de un soporte de publicidad registral suficiente tanto en lo que se refiere a las exigencias de documentación necesaria para que el franquiciador pueda obtener la inscripción, como en las funciones que el Registro desarrolla de las que se desprende por su importancia la capacidad para emitir información suficiente y con especial incidencia en relación con la que pueda requerir cualquier persona interesada en relación con el franquiciador y su actividad; y todo ello en el marco del respeto al reparto de competencias entre las CCAA y el Estado). Ahora bien, la orfandad es casi absoluta en lo que es el régimen del contrato de franquicia (sólo la existencia de un régimen precontractual centrado en la necesaria información del franquiciador y en el posible deber de confidencialidad del franquiciado con respecto a la información recibida).

El citado RD 2485/98 añade la novedad, con respecto a la LOCM, de que la actividad de franquicia se ha de ajustar a lo establecido en el Reglamento CEE n.º 4.087/88 de la Comisión de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicias, o en la disposición que lo sustituya. Ello justifica la restricción del concepto de franquicia que nuestro ordenamiento contempla al prescindir de la franquicia industrial, ya que ésta última no está cubierta por el citado Reglamento (Exp. de Motivos), y plantea además el problema de la susceptibilidad de aplicación del nuevo Reglamento comunitario 2790/1999 de 22 de noviembre de 1999 relativo a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado de la Comunidad (antiguo art. 85.3) a determinadas

categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, que ha sustituido a los anteriores Reglamentos existentes reguladores de exenciones por categorías en la distribución y, en consecuencia, también al mencionado Reglamento n.º 4087/88. Este último problema se suscita en virtud de que el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías y otros aspectos, estableció dichas exenciones para las franquicias (aunque no sólo) por remisión al Reglamento (CEE) 4087/88 convirtiéndolo en norma de aplicación al comercio interno de franquicias. Y el RD 157/1992 no ha sido derogado, ya que según el apartado segundo de la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, continuará en vigor en España hasta que el Gobierno apruebe nuevos textos reglamentarios adaptados a dicha Ley, lo cual todavía no ha sucedido. Se deja así apuntado un tema sobre el que, en su momento, se volverá al abordar el aspecto de la franquicia y el régimen público de ordenación del mercado.

El tipo legal del contrato de franquicia, constreñido a los efectos del RD 2485/1998 que desarrolla el dado en el art. 62 de la LOCM, se contempla como aquél «*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 contrato*

La causa objetiva del contrato es el servir al desarrollo de la distribución mediante la colaboración de ambas partes en función de la cesión por el franquiciador al franquiciado de un sistema homogéneo acreditado y operativo de comercialización a cambio de un canon. La finalidad típica es así la transmisión remu-

nerada de un modelo de explotación para la producción y/o comercialización temporal de productos o de servicios pero sin que, en ningún caso, la compra de bienes al franquiciador para revenderlos pueda ser considerado elemento estructural del contrato y por lo tanto componente de la causa. Los contratos de ejecución que puedan aparecer como necesarios para el cumplimiento del contrato de franquicia (esencialmente las licencias individualizadas y las obligaciones de hacer) traen su causa inmediata del propio contrato de franquicia a cuyo desarrollo sirven y en definitiva tienen como causa mediata final la propia de la franquicia. Es cierto, no obstante, que el contrato de franquicia puede cumplir diferentes funciones para las partes que se añadan a la causa-función típica dando lugar a la presencia de estipulaciones complementarias (por ejemplo, suministro para revender) de carácter necesario y principal para satisfacer un fin objetivado y perseguido por las partes (la causa en sentido subjetivo), considerando que además dichas cláusulas configuren un modelo de frecuencia.

Los elementos esenciales configuradores del contrato son, en consecuencia, la cesión temporal de un elemento inmaterial complejo que viene constituido por el sistema operativo y que se configura mediante la presencia de bienes inmateriales que además sirvan a una unidad de imagen (signos distintivos/patentes), la cesión de un saber hacer y la presencia de una asistencia permanente por parte del franquiciador, a cambio de una remuneración por parte del franquiciado. La presencia de estos elementos sirve para distinguir al contrato de franquicia de otras figuras contractuales que se presentan en el proceso de distribución y la ausencia de alguno de ellos descalifica al supuesto de hecho como tal contrato. La causa determina además las obligaciones esenciales de las partes y su incumplimiento lo es de prestaciones principales y legitima para poner en marcha las pretensiones de resolución del contrato y la correspondiente indemnización. Las cláusulas que puedan introducir otros elementos en el contrato, podrán tener un contenido principal o accesorio para el logro del fin que el mismo persigue, pero no son ya esenciales del concepto.

La función de la causa sirve al desenvolvimiento del modelo de mercado y al interés general porque, normalmente, con la franquicia se mejora la distribución, se facilita la presencia y permanencia de nuevos agentes empresariales y se desarrolla la competencia a la vez que se puede beneficiar a los consumidores y usuarios al establecerse redes eficaces en la función distribuidora. Estas son las razones por las que en el régimen de la actividad y del contrato de franquicia el ordenamiento incide, como se verá, desde diversos ángulos que tienden a contemplar el interés de las partes, el interés del mercado y, en particular, el de los consumidores.

La causa objetiva del contrato de servir al desarrollo de la distribución, contemplada desde el simple interés de las partes y del propio mercado, supone ventajas y riesgos, como anteriormente se expuso, que han de tener en cuenta las par-

tes intervenientes al elaborar el clausulado del contrato y el régimen jurídico público que tutela el mercado. El franquiciador elimina la necesidad de desarrollar su propia organización para la obtención de beneficios y la asunción de los costes inherentes, en cuanto transmite los elementos inmateriales constitutivos de la franquicia y no asume directamente la colocación de los bienes y productos en el mercado, sea ya porque él no los elabora o sea porque los adquiere el franquiciado con carácter previo a su colocación final en el mercado. Como contrapartida asume el peligro del efecto multiplicador en la red del inadecuado cumplimiento de sus funciones por parte del franquiciado, así como el riesgo de la utilización indebida de los elementos transmitidos en razón de la peculiaridad de tratarse de bienes inmateriales y fácilmente apropiables y disponibles. El franquiciado ahorra el coste de creación de todo un sistema de comercialización y de creación de una referencia para la clientela en el mercado. Asume, como contrapartida, el riesgo de la adquisición de un sistema no operativo, la adhesión acrítica a modelos contractuales preconfigurados y la presencia de una excesiva dependencia del franquiciador que ponga en riesgo su propia individualidad y autonomía empresarial así como su patrimonio, tanto durante la vida del contrato como a su finalización. El mercado y, en especial, los consumidores, gozan de las ventajas de todo sistema organizado y eficiente de distribución que la franquicia supone (tal y como expresamente señalan todas las exposiciones de motivos de las normas reguladoras del mercado), pero presenta el riesgo de la presencia de un comportamiento de las partes del contrato que, a veces sobre la base de determinadas cláusulas del mismo, puedan suponer un atentado al modelo de competencia o a las reglas de un leal comportamiento que exige la actuación en él. La tutela de todos estos intereses y la ponderación de los riesgos que pueden quebrar la función objetiva del contrato de franquicia y de su causa, es tarea que supera la vigilancia por las partes en la tutela de sus intereses al configurar el contrato, ya que también compete al legislador y trasciende lo que sería la mera contemplación de la relación jurídica de franquicia desde el ángulo del derecho privado de los contratos.

Aunque el concepto de franquicia sea único en función de la indivisibilidad de la causa, las **modalidades** bajo las que se puede presentar son diversas en función de cual sea el objeto de su explotación. Las que han adquirido mayor presencia en el tráfico e incluso su reconocimiento legal, han sido: la franquicia *de distribución*, en la que se transmite el sistema identificado y contrastado de comercialización con la finalidad de adquirir determinados productos (no necesariamente al franquiciador) para su colocación en el mercado; la franquicia *de servicios*, en la que se transmite un determinado modo de prestar un servicio determinado y de los conocimientos necesarios para ello y la franquicia *industrial*, por la que el franquiciado está autorizado a la utilización del sistema para la fabricación de determinados bienes y para su comercialización. Desde el punto de vista del

funcionamiento operativo de la franquicia cabe destacar, por su presencia en el mercado y su reconocimiento legal, la franquicia principal mediante la cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho a su explotación con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

El contrato de franquicia se presenta como un **contrato marco de carácter obligacional** y no meramente normativo, en virtud del cual se adquiere el compromiso de transmitir el uso y de adquirir como un todo, en las condiciones pactadas y a cambio de un precio, un bien complejo inmaterial, «el sistema de comercialización», apto para el cumplimiento de su función distributiva y además la asistencia comercial o técnica necesaria para ello. Se trata, en consecuencia, de un contrato marco «sui generis» y de carácter complejo que se desarrolla a través de la concesión de un derecho de uso mediante **cesión global de los bienes inateriales de la empresa**, que requerirá para su completa ejecución la posterior transmisión individualizada plena o limitada de cada uno de los diversos elementos que la compongan según su diversa naturaleza y reglas de transmisión y a la que acompaña **una obligación conexa de hacer**.

Las obligaciones específicas de ejecución que se desprenden para las partes en la exigencia del cumplimiento de este núcleo básico son obligaciones esenciales del contrato de franquicia de carácter principal, por lo que la consecuencia práctica de esta construcción estriba en el hecho de que el incumplimiento de la transmisión de cualquiera de ellas constituye un incumplimiento total del contrato y no sólo un incumplimiento individualizado de la obligación de cesión plena o limitada del bien concreto afectado. Entre estos elementos, la licencia de marca constituye una más de las que pueden estar presentes en la ejecución del contrato global de franquicia y que se engloban en el objeto que se transmite, pero sin que en ningún caso pueda decirse que éste es una modalidad del contrato de licencia marca, aún cuando su presencia cumpla una función esencial en la identificación del franquiciado (la concesión de un derecho de uso de la marca de servicios o la licencia impropia de marca como rótulo) y en la identificación de los productos o servicios que se comercializan.

En todo caso, la cesión global que se efectúa en la franquicia y que afecta a la marca en las diversas funciones que pueda cumplir, no es una cesión en sentido estricto pues no se trata tanto de «ceder» sino de «conceder» un derecho de uso, dado que el propio franquiciador conserva la posibilidad de su utilización e in-

cluso, en consecuencia con el propio sistema de distribución, se requiere que éste pueda autorizar simultáneamente a otros sujetos, los demás franquiciados de la red, para su uso de forma homogénea. La utilización de la misma marca por los diversos franquiciados, impropiamente como rótulo al posibilitarse la protección de la identificación del establecimiento mediante una marca de servicio (vid. la Ley de Marcas en su Exp. Mot. n.º IV), o propiamente como tal, constituye un elemento básico en la identificación en el mercado de los diversos sujetos como un todo homogéneo constitutivo de la red. Lo cual dota a la franquicia de una cierta singularidad que le aproxima a los negocios de carácter asociativo, y que hace pensar en la posible toma en consideración de alguno de los elementos de éstos para configurar su régimen, si bien cada relación jurídica de franquicia mantiene su propia identidad en base a la individualidad de cada contrato de franquicia celebrado y sobre el que se sustenta.

En consonancia con lo señalado hasta este momento, los **caracteres** del contrato de franquicia como figura negocial podrían sintetizarse en contrato tipificado legalmente, bilateral y oneroso, interempresarial y de confianza personal, consensual y de duración y colaboración.

Se trata de un *contrato tipificado legalmente*, pero prácticamente carente de régimen jurídico sustantivo salvo en lo que se refiere a la información previa y al deber de confidencialidad, aún cuando se contempla el aspecto jurídico-administrativo de la actividad de la franquicia y de las consecuencias de su actuación en el respeto a las normas del mercado, aspecto sobre que se volverá a incidir al examinar el marco normativo de su régimen jurídico.

Es un *contrato bilateral y oneroso*, aunque su inserción en el marco de una actuación homogénea de otros contratos constitutivos de la red de franquicia justifique la presencia de alguna de las obligaciones de la parte (instrucciones y vigilancia) y pueda hacer pensar en la importancia de tomar en consideración algunos aspectos del régimen general del contrato de sociedad. Un tema conexo, pero diferenciado, es la consideración que se tenga en determinados sectores del ordenamiento (normas sobre competencia) con respecto a la existencia del contrato de franquicia y su engarce en el conjunto de una red de distribución, a fin de calificar como lícitas o no determinadas obligaciones.

Es un *contrato interempresarial y de confianza personal* en el que cada parte conserva su autonomía y su propia personalidad jurídica en la actuación en el tráfico. Se trata de un contrato, por lo tanto, mercantil y diferenciado de aquellas relaciones contractuales en las que la dependencia del franquiciado y la pérdida de su autonomía desnaturalizan el carácter independiente de éste. La trascendencia del elemento personal requiere considerar la importancia que adquiere la presencia de la buena fe y la permanencia de las características subjetivas durante el desarrollo del contrato.

Es un *contrato consensual no formal*, que choca, sin embargo, con las exigencias en contrario que derivan de la presencia de cláusulas predisueltas por el franquiciador como condiciones generales y que configuran el contrato como de adhesión sometido al régimen legal de las condiciones generales de la contratación. El aformalismo es todavía más llamativo si se quiere acudir a las técnicas de amparo de derechos inmateriales que requieran de un soporte documental para el acceso a los registros específicos y si se piensa en la obligatoriedad legal del carácter escrito de la información previa (art. 3 RD 2485/1998).

Es un *contrato de duración y de colaboración* en el proceso de distribución, ofreciendo por ello unas características de las que deriva la necesidad de considerar su relación con el sistema de normas existentes para otros contratos de colaboración permanente a fin de establecer las posibles conexiones con ellos en las consecuencias que tiene para el franquiciado la extinción del contrato, al considerar su posición, no siempre, de parte más débil por su dependencia del principal (indemnizaciones por inversiones y por stock) y la actividad desarrollada que puede seguir siendo beneficiosa para el franquiciador al finalizar la relación de franquicia (clientela).

3. MARCO NORMATIVO JURÍDICO-PRIVADO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Abordar el contenido del contrato de franquicia (derechos y obligaciones de las partes) requiere configurar con anterioridad el marco normativo de naturaleza privada en el que sustentar lo que sería la estricta relación jurídica que se establece entre las partes del mismo. No se puede sin embargo olvidar la incidencia en el contrato de las normas de naturaleza público-privada reguladoras del mercado (esencialmente la Ley de defensa de la competencia y la Ley sobre competencia desleal), tanto en relación con su concreto contenido, como en función de las conductas que las partes pudieran desarrollar, pero contempladas desde el ángulo de la defensa del modelo de competencia y del comportamiento exigible en él. Y dentro del mercado no se puede tampoco obviar la importancia que la figura del consumidor o usuario adquiere en la distribución mediante franquicia, en el que la participación de diferentes sujetos empresariales en el mismo proceso dificultan una clara delimitación de cual sea el sujeto responsable del posible incumplimiento de los contratos realizados por él y de quién el causante de los daños que los productos adquiridos pudieran realizar.

Aunque es indiscutible la interrelación entre los diferentes sectores normativos que se han citado, vamos a proceder en este apartado a delimitar lo que podríamos llamar el **marco estrictamente jurídico privado** sobre el que se debe con-

figurar el régimen del contrato de franquicia dada la falta de organización de su régimen. Teniendo en cuenta la incidencia de las normas reguladoras del mercado, éstas se contemplaran de manera diferenciada dada la importancia sectorial de las mismas y en tanto pretenden ser de aplicación a un supuesto de hecho (la defensa del mercado y de los consumidores) que trasciende el estricto ámbito del contrato de franquicia en sí mismo considerado.

La determinación de las normas sobre las que ha de descansar el régimen del contrato de franquicia requiere tomar como punto de partida las conclusiones alcanzadas anteriormente sobre su naturaleza y caracteres.

Se parte de la existencia de un contrato legalmente tipificado, pero carente de régimen sustantivo en lo que es la ordenación de las relaciones jurídicas entre las partes, salvo en lo que se refiere al concepto legal de la figura que está elaborado a los efectos específicos de la norma y a la vinculación con él de una manifestación parcial de régimen preventivo que establece el deber de información pre-contratual del franquiciador y de confidencialidad del franquiciado (arts. 2, 3 y 4 RD 2485/1998). El contrato se configura por lo tanto en función de la libre autonomía de la voluntad de las partes que constituye entre ellos la «lex contractus». Este contrato carece, sin embargo, de un modelo normativo tipificado que le sirva de referencia, tanto en lo que se refiere a la contemplación de los límites legales dentro de los que puede construirse, como para completar aquellos aspectos no previstos en él, lo cual es necesario tanto para prever soluciones de posibles conflictos como para su concreta solución. La configuración del marco normativo del contrato tiene esencialmente por función el servir a las finalidades mencionadas.

El hecho de que el modelo contractual tienda a ser el mismo en sus rasgos esenciales cuando se presenta en el tráfico, sólo sirve para entender el nacimiento de una figura con tipicidad social, pero sin que el contenido reiterado constituya por sí mismo una fuente del derecho aplicable de forma vinculante y con carácter de generalidad, ni siquiera en el más reducido sector de los propios miembros de la red, aunque pueda servir como referente para integrar el contrato en la interpretación de lo que las partes realmente quisieron. La misma postura puede mantenerse con respecto a la presencia de los posibles «códigos de conducta», generales o sectoriales, en cuanto que en sí mismos carecen de fuerza vinculante como fuente, si bien pueden servir para interpretar la voluntad de las partes y tener además consecuencias en otros ámbitos diferentes del estricto marco del contrato.

La franquicia en cuanto que es un contrato y, además, mercantil, tiene necesariamente que situarse en un contexto normativo que respete el régimen general de las obligaciones y de los contratos mercantiles que requiere partir de las especialidades propias del C de c como fuente de aplicación primaria, para recurrir en segundo lugar al régimen del Cc (art. 50 C de c). Generalmente es además un contrato de adhesión, que se presenta en el mercado mediante la técnica del clausu-

lado predisposto por una de las partes (el franquiciador) por lo que deberá, normalmente, someterse en su conformación al régimen previsto con carácter general para el tratamiento de las condiciones generales de los contratos (Ley sobre Condiciones generales de los Contratos). Y en el que, en virtud de su función de colaboración e importancia del elemento personal, tendrá una máxima consideración el principio de la buena fe como elemento integrador del régimen contractual pactado.

La naturaleza del contrato concebida como un contrato marco que persigue posibilitar, para su uso, la cesión de un bien complejo inmaterial, hace que se presente como necesaria la búsqueda de un tipo contractual o diferentes tipos con identidad de razón suficiente para hacer posible su aplicación analógica en todo aquello que no sea contrario a su causa. Una atenta observación nos aproxima en primer lugar al contrato de arrendamiento de cosas en cuanto se persigue conceder temporalmente el goce o uso de un bien a cambio de un precio, si bien la característica del objeto de la franquicia requiere que haya de tenerse en cuenta las peculiaridades que frente a aquél presenta el contrato de licencia y de las diversas modalidades con las que se pueda presentar en razón del concreto bien de que se trate. En todo caso es además necesario no olvidar la presencia de la prestación esencial de asistencia como una modalidad de prestación de arrendamiento de servicios.

La consideración de esta figura dentro de la categoría de los contratos de colaboración y de distribución en sentido amplio hace plantearse también la afinidad de razón que pueda tener con el contrato de sociedad y, de manera especial, con el contrato de agencia como un contrato de colaboración permanente dentro de los procesos distributivos que tiene un régimen legal completo (la Ley del Contrato de Agencia). La diferente función de cada una de estas figuras en el tráfico, señalada al inicio de este trabajo, hace que no siempre sea fácil la delimitación de cuáles puedan ser aquellos aspectos del contrato típico de agencia que sean aplicables al supuesto no regulado de la franquicia. La presencia además de franquicias en las que el régimen que constituye su clausulado es enormemente diverso en relación al grado de independencia que el franquiciado/distribuidor pueda tener respecto a su principal, llevaría, con gran probabilidad, a que la afinidad con el contrato de agencia y el modelo de empresario colaborador que en él subyace no sea siempre la misma y que, en consecuencia, tampoco lo fueran las conclusiones que se pudieran sacar con respecto a la aplicación analógica de sus preceptos. El carácter tuitivo e imperativo de aquél régimen no es, en todo caso, trasladable al contrato de franquicia por lo que primaría la voluntad de las partes para establecer modificaciones o derogaciones al régimen imperativo de la agencia sin que pueda afirmarse que exista en todo caso la necesidad de recurrir a su aplicación analógica, salvo en su acepción de analogía débil integradora del contrato si no existe voluntad en contra.

Es frecuente también la aparición de cláusulas que se presentan en el contrato de franquicia regulando derechos y deberes que no pueden entenderse como esenciales en el desenvolvimiento de su causa, sino al servicio de las diversas funciones y finalidades del concreto proceso de distribución al que el específico contrato venga predisuelto. Si bien es además cierto que la presencia reiterada del contenido de estas cláusulas pueda en muchos casos hacer pensar la presencia como natural de determinadas obligaciones, aunque en otras su presencia no pase de la calificación de meramente accidental. En todo caso, estas obligaciones (suministro; exclusiva; etc.) tendrán que examinarse a la luz del propio contrato y el régimen general de la contratación mercantil y civil, pero sin perder de vista su posible calificación como prestación típica de alguna otra figura contractual a la que habría, en su caso, que recurrir.

No se puede olvidar además, como antes se indicó, que la eficacia que las normas reguladoras del mercado desarrollan se expande más allá de lo que podríamos considerar meras consecuencias de naturaleza jurídico pública, incidiendo también en la validez del propio contenido de los contratos en cuanto que pueda ser atentatorio contra el régimen de las conductas exigibles en el respeto al modelo del mercado y al comportamiento debido en él. El primer aspecto es objeto separado de tratamiento en cuanto que se contempla de forma autónoma en torno al amparo del mercado, pero no puede ignorarse aquí el segundo aspecto en razón de la trascendencia de carácter jurídico-privado que tiene para el contrato de franquicia al poder incidir sobre la validez de alguna de las obligaciones impuestas en el causulado del contrato.

Con una pretensión de generalidad susceptible de afectar al diverso contenido del clausulado del contrato, conviene resaltar que aunque el contrato de franquicia no sea contemplado directamente por la Ley de Defensa de la Competencia ni por la Ley sobre Competencia Desleal, es incuestionable que por su función es susceptible de generar cláusulas que contengan conductas prohibidas que serían nulas de pleno derecho si no entrasen dentro de la categoría de autorizadas singularmente o exencionadas por categorías (arts. 1 a 5 LDC, que después se estudian al abordar la relación entre la franquicia y el mercado), o considerarse tal por estar prohibidas al ser calificables como impuestas en función de la existencia de abuso de posición dominante. En este último aspecto debe tenerse especialmente en cuenta por su estrecha relación con los procesos de distribución, el supuesto de abuso de posición dominante que llevase a incluir en el contrato cláusulas debidas a la explotación abusiva por una empresa de la situación de dependencia económica en la que pudiera encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad (art. 6.1, b LDC y art. 16 LCD); teniendo una especial significación por su conexión con la red de distribución la posible presencia de cláusulas prohibidas

por conllevar un tratamiento desigual para los diversos miembros de la misma que pudiera colocar en desventaja a unos con respecto a otros (art. 6.2, d LDC y art. 16.2 LCD).

Independientemente de las anteriores consideraciones de carácter general, se presenta, bajo las citadas normas, una precisa tipología legal de prohibición de inclusión de comportamientos que de forma mas individualizada se estudiarán al examinar algunas de estas cláusulas con ocasión del análisis de determinadas obligaciones que normalmente acompañan a las que se consideran como de carácter esencial, aunque se hará en relación con la defensa del modelo de competencia y de la conducta leal acorde con la buena fe que se requiere dentro de él en interés de todos los que participan en el mercado.

La presencia de los Códigos de conducta carece de eficacia vinculante en la relación contractual, aunque pueda tener una determinada eficacia en el ámbito de los sujetos que pertenezcan a las instituciones que lo elaboraron. Es una técnica dirigida a evitar la presencia en el tráfico de franquicias vacías de contenido (franquicias «de humo») y a la desacreditación de la figura en determinados sectores, pero no es en sí misma una fuente de normas de referencia vinculante.

4. CONTENIDO DEL CONTRATO: LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones y los derechos de las partes se deducen de la estructura que forma el marco normativo indicado anteriormente. Es decir, se parte del contrato mismo en cuanto configurador del régimen específico del negocio de que se trate, ya que tiene fuerza de ley entre las partes, y del régimen legal que le es aplicable, directa o analógicamente, en los términos que se han expuesto anteriormente.

En el desarrollo del clausulado del contrato se encuentra la reglamentación convencional de las que constituyen las obligaciones principales y esenciales de las partes en cuanto que su presencia es imprescindible para la existencia del tipo contractual de la franquicia (son un desarrollo de la causa objetiva), si bien estén modalizadas en razón de cual sea la clase de franquicia ante la que nos encontramos y la finalidad, en el sentido de causa subjetiva, que las partes persigan con ellas. No obstante, es factible proceder a un análisis genérico de estas obligaciones principales que, además, constituyen el contenido esencial del contrato, al margen de cual pueda ser su específica reglamentación para un contrato dado y de la posible presencia de otras obligaciones que pueden acompañarlas con el carácter de principales o accesorias. El desarrollo que aquí se efectúa de las obligaciones de las partes tiene así como referencia sólo a aquellas que se han considerado esenciales en la configuración del tipo, dejando al margen a aquellas otras

que normalmente aparecen conexas con ellas y que presentan una naturaleza que no siempre es la misma. El estudio de las consecuencias de su incumplimiento constituyen el complemento necesario del examen de las obligaciones de las partes, pero ha parecido que era más adecuado hacerlo, por razones sistemáticas, en el lugar correspondiente al examen de las causas de extinción del contrato.

El tratamiento de las obligaciones de las partes del contrato de franquicia que se realiza en este apartado prescinde del enfoque del análisis de su licitud en relación con el respeto al modelo de mercado y a su actuación leal en él, al que de forma general ya hemos hecho referencia, pues en lo que se refiere a cláusulas concretas ha parecido mejor hacerlo después de forma diferenciada dada la trascendencia del tema en relación con la defensa del modelo de mercado.

A) **Las obligaciones del franquiciador**

La obligación legal impuesta al franquiciador de informar al franquiciado por escrito con el contenido mínimo que exige la LOCM (art. 62) y que desarrolla el mencionado RD 2485/1998 (art. 3), no puede considerarse una obligación contractual en sentido estricto, en cuanto que es un régimen preventivo dirigido esencialmente a la protección del franquiciado, si bien tiene una especial relevancia en la génesis del contrato y también en su desarrollo y finalización, que requiere que se le preste una mínima atención.

El deber de información previa suficiente y exacta constituye una manifestación del principio de buena fe que, con carácter general, informa el ejercicio de los derechos (art. 7.1 Cc) y el régimen de los contratos (arts. 1258 Cc y 57 C de c) y de cuya infracción pueden derivarse daños que afecten de forma injustificadamente lesiva al franquiciado, sea ya porque le lleven a una errónea configuración de su voluntad en la perfección del contrato al prestar su consentimiento, o ya a una conducta perjudicial sea obligada o inducida. En este sentido puede estimarse que estamos ante una regulación que impone una obligación legal específica de información con carácter previo a la celebración del contrato y de cuyo incumplimiento se deriva una responsabilidad precontractual que, aunque carece en la norma que la impone de una sanción jurídico-privada concreta, permite estimar que los daños que se produjeran por su incumplimiento podrían considerarse consecuencia de una falta de diligencia «in contrahendo» y serían objeto de resarcimiento en virtud del régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil. Todo ello al margen de las posibles consecuencias que la dudosa prestación de consentimiento pudiese tener sobre la propia existencia del contrato y sin olvidar las dudas que puedan plantearse sobre su tratamiento, también, como una sanción administrativa considerada infracción leve

por tratarse del incumplimiento de una obligación impuesta por la LOCM para la que no existe sanción específica (art. 64, h).

El examen de las *obligaciones esenciales* del franquiciador, en el ámbito estrictamente contractual, debe realizarse partiendo de la idea de la naturaleza de la franquicia como contrato complejo que incorpora una cesión global de bienes inmateriales para su explotación. Lo que significa que la primera obligación del franquiciador supone el compromiso de hacer todo aquello que sea necesario para su consecución. Es decir la realización de todas aquellas operaciones fácticas y jurídicas que son exigibles para posibilitar su goce y uso temporal por el franquiciado en las condiciones pactadas.

Esta obligación de carácter general requiere para su cumplimiento la ejecución de determinadas conductas que, con frecuencia, incorporan el cumplimiento de nuevos negocios jurídicos que sustancialmente podemos considerar como contratos de licencia a través de los que se cede el uso de la propiedad industrial, de signos distintivos, de propiedad intelectual y de un saber hacer que es secreto, substancial e identificado, acompañado de los elementos materiales e instrucciones requeridos para su utilización. El régimen convencional al que está sometido el contenido de estas licencias no tiene porque ser necesariamente el mismo ni siquiera en aquellos aspectos en los que pudiera existir compatibilidad o afinidad, si bien todas ellas están sometidas, de forma conjunta e individualizada, a la misma necesidad de servir al fin causal del contrato que requiere, por parte del franquiciador, realizar todo lo necesario para que se mantenga la franquicia transmitida libre de posibles perturbaciones que impidan o dificulten el ejercicio del uso del sistema de comercialización, o de fabricación, transmitido para su explotación.

La transmisión del sistema de explotación requiere de la presencia de una obligación esencial complementaria de la obligación de ceder su uso durante un tiempo determinado a fin de que aquélla sea real durante la vida del contrato, partiendo además de que la titularidad de los derechos transmitidos sigue en manos del que era su titular. Adquiere, así, relevancia la obligación del franquiciador no sólo de mantener al franquiciado en el goce pacífico del sistema de explotación y de cada uno de sus elementos, realizando todo aquello que sea necesario para ello, sino también de llevar a cabo todas las operaciones, con independencia de su naturaleza, que sean necesarias para seguir conservando el valor y la función a la que fueron destinados (art. 1554 Cc). Es en este aspecto relevante la obligación de prestar una asistencia adecuada durante la vida del contrato de forma suficiente como para permitir el nivel de competencia inicialmente presumido, si bien es cierto que el franquiciador no adquiere la responsabilidad derivada del posible fracaso comercial de la franquicia adquirida si deviene por el mero ejercicio de la actividad empresarial del franquiciado. Éste es un empresa-

rio independiente que ejerce como tal y por su cuenta su propia empresa, sin que la mera presencia de instrucciones y de manuales operativos pueda alterar tal calificación, salvo si se desarrollan sobrepasando lo que sería el límite propio del respeto a la autonomía empresarial. Esto es así porque el contrato de franquicia es un contrato de carácter interempresarial y de distribución en función del cual se produce un desplazamiento desde el franquiciador hacia el franquiciado del riesgo inmediato de la colocación en el mercado de los productos o servicios propios del resultado de la explotación de la franquicia.

B) Las obligaciones del franquiciado

El contrato de franquicia es un contrato de cesión de uso temporal y vinculado a un fin que implica el que la cesión que se hace del sistema de comercialización vaya vinculada a su explotación por el franquiciado en el marco de las condiciones pactadas en el contrato para su uso, constituyendo una obligación genérica que se extiende a cada uno de sus elementos componentes.

Las anteriores consideraciones llevan, en definitiva, a la presencia, como esencial, de la obligación de explotación de la franquicia por el franquiciado, en la modalidad y condiciones establecidas, así como el desarrollo de la actividad que se estime legal y convencionalmente exigible para evitar la pérdida de los derechos del titular sobre los bienes cedidos o su simple lesión. Resulta así incuestionable la necesidad práctica de un clausulado que desenvuelva lo que serían los aspectos activos de estas obligaciones tanto de hacer, como de no hacer (reglamentos de estilo).

La explotación del sistema de franquicia transmitido se realiza como empresario independiente, aunque con los límites que de aquélla puedan surgir como consecuencia de la obediencia de instrucciones operativas (iniciales y posteriores) que tiene su límite en el respeto a la independencia empresarial del franquiciado y la defensa del mercado (límite del que deriva, por ejemplo, la prohibición de precios impuestos y la admisión de precios recomendados) y su razón última en el mantenimiento de la homogeneidad de imagen de los diversos sujetos franquiciados de la red de distribución. Este fundamento último supone la necesidad de que exista una identidad entre las obligaciones de seguimiento de instrucciones exigidas a los diversos franquiciados que evite la posibilidad de considerar la presencia de un abuso de posición dominante (art. 6.2, d LDC) o de competencia desleal por discriminación (art. 16.2 LCD), al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos en desventaja frente a otros en la misma red distributiva.

El uso debido del sistema de explotación de franquicia supone la posesión in-

mediata de los bienes inmateriales en su ejercicio directo hacia el mercado y el conocimiento de las actividades dañosas que los terceros puedan realizar contra ellos por lo que, tanto por la propia finalidad de cesión de uso como por el desenvolvimiento del principio de buena fe, es exigible la puesta en conocimiento del franquiciador cedente de aquellas circunstancias para que pueda actuar en defensa de la titularidad que ostente sobre los mismos (art. 1559 Cc). Lo que no significa que el franquiciado no tenga también esta posibilidad en muchos de los supuestos de perturbación, si bien no constituya una obligación.

El contrato de franquicia es un contrato oneroso del que conceptualmente se desprende la exigencia de una contraprestación remuneratoria a la que los tipos legalmente contemplados han elevado a la necesidad de ser financiera directa o indirectamente (art. 2 RD 2485/1998), eliminándose cualquier otra modalidad de canon (así los llamados cánones ocultos).

Las modalidades bajo las que el pago del canon puede presentarse son diversas (único, periódico y mixto), siendo la más usual aquella que requiere el pago de un canon inicial y de pagos periódicos en razón de los beneficios netos obtenidos. A este respecto, no puede perderse de vista la importancia que en el establecimiento del canon tiene la necesidad de no proceder a la fijación de sistemas de remuneración diferenciados no justificados para cada franquiciado que pudieran resultar prohibidos por ir contra el modelo de competencia.

La extinción del contrato de franquicia supone la cesación de la utilización del sistema de explotación, tanto con carácter general como en lo que se refiere a alguno de sus elementos componentes, que no necesariamente la finalización de sus efectos (así por ejemplo, mantienen su eficacia los pactos de no competencia una vez extinguido el contrato). La explotación del mismo con posterioridad a su extinción no sólo se podría considerar como un incumplimiento del contrato en su fase extintiva y una lesión sobre los bienes inmateriales cedidos, sino también una conducta contraria a la buena fe que podría ser sancionada desde el ángulo de la competencia y de una posible responsabilidad extracontractual. Esta afirmación requiere no obstante alguna matización sobre el sentido general de su eficacia. En primer lugar, cabe que por pacto o por la mera integración del contrato en base al principio de la buena fe se permita al franquiciado la utilización de algunos de los elementos del sistema durante un tiempo limitado y para unos fines específicos (una especial significación tiene en relación con la existencia de inversiones no amortizadas y con la presencia de stocks al finalizar el contrato). En segundo lugar, aunque la extinción del contrato suponga una cesación en la utilización de los elementos del sistema de explotación de la franquicia, no puede evitarse la pérdida del carácter secreto del «know-how» sin existir comportamiento culposo, lo que facultaría al franquiciado para su utilización posterior, salvo pacto en contrario.

5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

La extinción del contrato de franquicia se contempla, primeramente, mediante el examen de las causas de finalización del mismo, como sucedería desde la óptica tradicional de los contratos, pero sin olvidar que se está ante una categoría peculiar de los contratos que es la de la distribución. Lo que implica, por sus características, tener en cuenta, además, la incidencia de la finalización de este contrato en relación con el interés del franquiciado como parte, normalmente, débil de la relación que finaliza.

El contrato de franquicia supone, como se ha ido viendo, una extrema dependencia del franquiciado con respecto al franquiciador, que se manifiesta, no solamente en su irrelevante participación en la elaboración del clausulado, sino también durante la vida del contrato en la obediencia a sus instrucciones; y todo ello con una especial incidencia en la finalización de la relación, en cuanto que se produce la perdida de los elementos de referencia hacia la clientela en lo que supone el desdibujamiento de su propia identidad individualizadora. Estas consideraciones suponen el que deban de matizarse las construcciones generales del contrato sobre las causas de extinción y valorar el fundamento sobre la oportunidad de estructurar una protección peculiar para el franquiciado cuando aquélla se produce.

A) Causas de extinción

Las causas de extinción pueden provenir de la configuración del plazo, de la voluntad común de las partes, sea por causas ya previstas en el contrato o por acuerdo posterior, por incumplimiento del mismo o por modificación sobrevenida de sus elementos esenciales.

a) La terminación del plazo

En el contrato de franquicia el plazo puede estar previamente determinado, como es lo usual, o bien no estar previsto y ser, en consecuencia, un contrato de duración indeterminada. Esta última solución no es inicialmente la normal por ir tanto contra la propia racionalidad económica del cálculo de inversiones de ambas partes en el proceso de distribución, como contra el interés del franquiciador que pretenderá una vinculación que le posibilite de la forma más segura la fina-

lización del contrato en aras a una reordenación de la red de distribución que tiene establecida.

Ante la existencia de un *término establecido* en el contrato, no parece admisible que el simple transcurso de éste sea causa suficiente para su extinción automática, como sería oportuno afirmar en razón de una aplicación de la teoría general de los contratos y sobre la base de la previsión realizada de antemano por las partes. Las razones en torno a la dependencia del franquiciado con respecto a su principal antes expuestas, permiten entender que es sensata la exigencia de un plazo razonable de preaviso que posibilite una reorganización empresarial del franquiciado y que encontraría su soporte jurídico en el principio de la buena fe como un elemento integrador del contrato. Lo que, además, debería conjugarse con la presencia del juego del abuso de derecho en el caso de que el término pactado, o incluso la presencia de un plazo de preaviso previsto, fueran evidentemente insuficientes para el cumplimiento de una actividad con criterios empresariales mínimamente razonables. Esta situación podría conducir a entender nulo el término establecido y su conversión en un contrato indefinido, al igual que el posible plazo de preaviso que debería ser judicialmente reconsiderado en sus términos y eficacia. Todo ello al margen de la posible calificación de la conducta del franquiciador como abuso de posición dominante y de competencia desleal por conducta contraria a la buena fe objetiva, en virtud de la existencia de explotación abusiva de una situación de dependencia económica en razón de la ruptura de una relación comercial establecida sin que mediara preaviso o un preaviso suficiente con antelación mínima de seis meses (art. 6.2, f LDC; art. 16.3, a LCD).

Si, a pesar de la existencia de un término, las partes continúan la relación se ha de considerar que se está ante un contrato de duración indefinida, salvo que se hubiera establecido un pacto de renovación periódica expresa o se pudiera deducir otra cosa de la voluntad presunta de las partes. El recurrir a una aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia (LCA) parece admisible para este supuesto en virtud de la identidad de razón que subyace con el que la LCA contempla como similar (art. 24.2 LCA).

La presencia de un contrato de franquicia de *duración indeterminada* plantea de forma todavía más acuciante la necesidad de un plazo previo de preaviso que permita al franquiciado una adecuada reorganización de su empresa. En este caso, además de la necesidad del preaviso en virtud de la buena fe integradora del contrato, se plantea la cuestión en torno a la posible aplicación analógica del régimen que la Ley del Contrato de Agencia establece al respecto (art. 25). En consonancia con el criterio que se estableció al hablar del marco normativo aplicable al contrato de franquicia, creemos que se está ante un supuesto en el que la aplicación analógica sólo actuaría como integradora del contrato siempre que no existiera un sistema alternativo previsto por las partes. Es decir, parece admisible que

convencionalmente se pacten los plazos de preaviso que se estimen oportunos e incluso que dichos plazos puedan ser sustituidos convencionalmente por técnicas que produzcan una consecuencias de valoración económica similar (indemnizaciones), en el entendimiento siempre de que la denuncia del contrato no suponga un abuso de derecho o una conducta contraria a la buena fe. Esta misma solución se estima aplicable a los supuestos en los que el término establecido se configure bajo técnicas que por las expectativas creadas de continuidad puedan hacer pensar en una continuidad razonable del contrato. En todo caso, no puede olvidarse la especial incidencia que el régimen de protección del mercado en torno a la sanción de conductas abusivas y desleales que se expondrá posteriormente tiene en los contratos de franquicia sin plazo señalado.

b) La voluntad conjunta de las partes y la alteración de los presupuestos iniciales del contrato

La *voluntad conjunta de las partes* puede actuar siempre para resolver anticipadamente el contrato pero puede, también, haber previsto en el régimen convencionalmente pactado supuestos o circunstancias que actuarían como causas resolutorias del mismo en caso de producirse. Esta técnica es utilizable para considerar como prestaciones principales a efectos de su cumplimiento determinadas cláusulas que en sí mismo no lo son, pero cuyo incumplimiento, ahora, posibilitaría la resolución; o considerar a la presencia de determinadas circunstancias, de incertidumbre absoluta en su posible existencia, como condiciones de carácter resolutorio que no serían tal de no ser contempladas contractualmente, por no ser subsumibles en supuestos que pudieran tener tal calificación.

El tratamiento de una *modificación sobrevenida* que altera de forma esencial las que fueron circunstancias implícitamente queridas como básicas por las partes para la celebración del contrato de franquicia, tiene un especial relieve al estar ante un contrato de duración y basado en las notas de confianza y en las peculiares características de las partes. La alteración esencial de esas circunstancias supone la quiebra de una voluntad no expresada de querer mantener la relación jurídica siempre que pueda seguir sustentándose sobre los mismos presupuestos objetivos y subjetivos que fueron tenidos en cuenta para su constitución.

La alteración de las bases esenciales del contrato de franquicia puede provenir de una modificación radical de las circunstancias personales que caracterizaban a las partes y que determinaron la razón de su elección como tales —modificación subjetiva—. En este sentido nuestro ordenamiento jurídico ofrece supuestos concretos que justifican una resolución unilateral en relación con figuras contractuales que por su proximidad con el contrato de franquicia (art. 30.b LCA —edad,

invalidez, enfermedad—; art. 222 C de c —supuestos disolutorios en el contrato de sociedad cuando se afecta a sociedades de naturaleza personalista—) que ha posibilitado hablar de la existencia de un principio informador que, como un sector de la doctrina ha mantenido, es susceptible de aplicación por «analogía iuris» a la extinción del contrato de agencia por alteración radical del elemento subjetivo inicial.

La extinción del contrato de franquicia puede producirse igualmente como consecuencia de una alteración radical de las circunstancias objetivas iniciales sobre las que se configuró, sea porque se produce una ruptura de la equivalencia inicial en el reparto de los costes mediante el surgimiento de una onerosidad no prevista, o bien porque se hace imposible llevar a cabo la finalidad causal —objetiva o subjetiva— del propio contrato.

La dificultad existente, a veces, para delimitar si efectivamente se ha producido una alteración básica de los presupuestos negociales iniciales lleva a que frecuentemente se expliciten circunstancias en el contrato bajo la consideración dada por las partes como condición resolutoria, posibilitando una misma solución aunque por diferentes vías para su tratamiento dogmático.

c) El incumplimiento del contrato

El incumplimiento del contrato de franquicia puede presentarse como causa de extinción si existe una conducta de las partes que es contraria a las obligaciones principales (esenciales al tipo o no) o a las de carácter accesorio si su reiteración dificulta de forma grave la consecución de la finalidad causal perseguida o han sido convencionalmente calificadas con carácter de principal. La técnica general de la resolución por incumplimiento de los contratos, así como su operatividad y sus consecuencias (art. 1124 Cc), sería aquí la aplicable sin mayores precisiones al respecto. El incumplimiento de las múltiples prestaciones de carácter accesorio que puedan aparecer (información suficiente, participación en ferias, stocks mínimos, etc.) habilita solamente para poder solicitar, en su caso, la correspondiente indemnización. Se parte, al respecto, de la exposición de las obligaciones de las partes que se hizo con anterioridad, para evitar tener que precisarlas y reiterarlas de nuevo y poder realizar una exposición genérica del incumplimiento de las obligaciones principales como posible causa de extinción por resolución del contrato.

— El *franquiciador* puede tener un comportamiento no ajustado a las exigencias del contenido del contrato en un momento inicial, al no desarrollar las conductas necesarias para hacer posible un eficaz traslado del sistema operativo constitutivo de la franquicia que permita al franquiciado su uso según lo pacta-

do, con la peculiaridad de que el solo incumplimiento de alguno de los negocios de ejecución que fuera necesario para ello, repercute y extiende sus consecuencias sobre la totalidad del contrato de franquicia. El contrato de franquicia en razón de su naturaleza requiere de conductas posteriores de ejecución que posibiliten su operatividad, de forma que el no cumplimiento de todas o de alguna de ellas daría lugar a un incumplimiento total que posibilitaría su resolución.

El contrato de franquicia es además un contrato de duración para la explotación temporal (determinada o no) que requiere un comportamiento del franquiciador durante la duración del mismo que no dificulte su ejercicio. De forma que el incumplimiento de las obligaciones legales, o convencionales, que impidan la normal explotación de la franquicia transmitida así como la perturbación del pacífico uso del sistema operativo transmitido, serán también causa de resolución contractual.

Las obligaciones esenciales, por ser configuradoras de la estructura del tipo, suelen ir acompañadas de una serie de obligaciones principales que se presentan modalizando el concreto contrato de franquicia (por ejemplo, pactos de suministro exclusivo, de exclusiva zonal o de clientela, de no competencia, etc.) y que se valoran como necesarias para la consecución del fin común propuesto, por lo que su no cumplimiento supondría igualmente un supuesto que posibilitaría la resolución del contrato.

— El *franquiciado* tiene la obligación de recibir el sistema de comercialización constitutivo de la franquicia pactada y de proceder a su explotación ya que, en razón de tratarse de un contrato de naturaleza calificable como de cesión de uso, adquiere el compromiso de su utilización destinándole al uso pactado y a devolverle en el estado en el que la recibió, salvo menoscabo por el tiempo o por causa inevitable. Es decir, se requiere de él un comportamiento empresarial razonable en relación tanto del conjunto de la franquicia como de cada uno de sus elementos componentes que posibilite el mantenimiento de su valor. Lo que no supone la exigencia de unos resultados concretos de la explotación en razón de no ser un contrato de resultado, sino de medio, y de que además es el franquiciado, como empresario independiente, el que directamente asume el riesgo de cual sea la suerte que corra la colocación de los productos o servicios en el mercado.

La contraprestación de la cesión del uso de la franquicia reside en el pago del precio o canon que puede revestir modalidades diversas, pero que se configura como una obligación principal con ciertas características derivadas de estar vinculado a un contrato de duración y depender su cuantía, normalmente, en parte del resultado de la explotación. El incumplimiento de esta obligación de carácter periódico y variable no lleva consigo automáticamente la posibilidad de una resolución por incumplimiento del contrato, sino que requiere que sea grave o continuada en virtud de su naturaleza de prestación periódica.

B) La protección del franquiciado en la finalización del contrato

La propia calificación del contrato como un contrato de adhesión por parte del franquiciado, que es normalmente la parte débil, determina un régimen de cumplimiento de obligaciones iniciales y durante la vida del contrato, a la vez que el seguimiento de unas instrucciones cuyas consecuencias trascienden frecuentemente mas allá del tiempo de su duración.

La extinción del contrato de franquicia puede conllevar la existencia en poder del franquiciado de inversiones y de stocks (repuestos y suministros), cuyo coste ya no puede ni amortizar ni recuperar fácilmente al dejar de ser miembro de la red. La finalización del contrato supone la imposibilidad de una lícita utilización de los signos distintivos del franquiciador bajo la amenaza de infracción del derecho de marca, de publicidad (por poder ser calificada su actividad como engañosa o desleal), de competencia desleal y, en su caso, de una posible responsabilidad extra contractual. Todo ello agravado por las dificultades que resultan de la presencia normal de un nuevo sujeto franquiciado que actúa sustituyéndole. Un problema conexo, aunque fundamentado en razones diferentes, es el del tratamiento a dar a una clientela que vinculada, jurídica o simplemente comercialmente, al franquiciado, queda, una vez finalizado el contrato, conectada con la red merced a la función que tienen como referente los signos distintivos del franquiciador que son utilizados por los diversos miembros que la componen.

El punto de partida en la resolución del problema ha de tomar en consideración el hecho de que el franquiciado es un empresario independiente que, en consecuencia, ha de asumir los riesgos que se derivan del ejercicio de su actividad empresarial originados tanto por el coste de la misma como por la competencia. Es cierto, sin embargo, que su posición empresarial está fácticamente determinada por su inserción en un sistema de distribución que implica una dependencia del principal en aras de su permanencia dentro del ámbito de la red por él creada y jurídicamente condicionada por la técnica de contratos predeterminados frente a los que se presenta, normalmente, bajo una posición de fuerza no idéntica en la negociación de su contenido.

La tensión entre ambos intereses en conflicto ha tenido tradicionalmente una acogida en la doctrina en aras a la búsqueda de soluciones de amparo del franquiciado que se ha visto incrementada como consecuencia de la regulación del contrato de agencia (Ley 12/1992 de 27 de mayo) en la que algunos de estos aspectos han recibido acogida, lo cual ha originado la reflexión sobre la viabilidad de una aplicación analógica del tratamiento que ella les da. Todos los temas mencionados están vinculados en razón de su presencia como consecuencia de la extinción del contrato, pero tienen sus propias características que exigen un tratamiento diferenciado en orden al planteamiento de cuales puedan ser las solucio-

nes mas óptimas para la solución del conflicto en el entendimiento de que éste se plantea bajo un régimen contractual que es ajeno a la conformación ilícita del mismo tanto en la génesis del contrato, como en su extinción. Las soluciones en estos últimos casos se enmarcarían en el tratamiento de las indemnizaciones por daños que pudieran derivarse tanto del contrato como de culpa extracontractual.

a) Las inversiones no amortizadas

En razón del carácter independiente con el que el franquiciado actúa en el tráfico parece razonable considerar que, en principio, él ha de asumir las consecuencias que se desprendan de una inversión inicial para la explotación de su empresa. Y parece lógico pensar que lo mismo ha de suceder con respecto a las inversiones realizadas con posterioridad que provengan tanto de una exigencia del propio contrato (inversiones obligatorias) como, simplemente, en razón de las indicaciones que el franquiciador pudiera haberle hecho (inversiones inducidas).

La afirmación hecha parece ciertamente asumible cuando el contrato tiene un término señalado ya que el coste del contrato para ambas partes deberá de haber tenido en cuenta el cálculo previo de las inversiones en razón de las expectativas de beneficio futuro y en función de ello decidir la conveniencia, o no, de las condiciones de la inversión. No debe de recaer así sobre el franquiciador la obligación de correr con el coste de las inversiones no amortizadas cuando el contrato de franquicia es por tiempo determinado, salvo que bajo el mismo se oculten situaciones que no son tales, sino relaciones de agencia fraudulentamente tratadas. Lo que no quiere decir que sobre la base de la libre autonomía de la voluntad de las partes no puedan pactarse aquellas técnicas indemnizatorias que se estimen más oportunas para una justa reglamentación el contrato.

No obstante lo dicho, parece razonable que la asunción del coste de las posibles inversiones no amortizadas deba de modularse teniendo en cuenta el hecho de que el plazo de duración del contrato sea un plazo razonable y de que las inversiones inducidas no lo hayan sido en función de la creación no razonable por parte del franquiciador de unas expectativas no cumplidas, o de la esperanza de una prolongación del contrato que luego no se cumplió. En estos casos, y conviene recordar que estamos prescindiendo de los supuestos en los que hubiera mediado algún tipo de patología contractual o extracontractual tanto en la génesis, como en la vida o en la extinción del contrato, parece que la solución ha de estar mas próxima, por la similitud de las situaciones, a la propia de los contratos de duración indefinida que a la expuesta.

En los contratos de duración indefinida (o asimilables), la resolución «ad nutum» del contrato de franquicia por el franquiciador (o asimilables) plantea el

problema en términos diferentes en cuanto que la información sobre el momento de la finalización de la relación jurídica existente no es simétrica, ni siquiera ante la presencia de los correspondientes plazos de preaviso. En estos supuestos las inversiones no pueden tener como referencia una certeza temporal a fin de calcular con suficiente aproximación la conveniencia y el quantum de las mismas. Es por ello que parece lógico entender que el interés del franquiciado sea protegible, aunque únicamente cuando la duración del contrato no ha sido suficientemente razonable como para haber podido procederse a una lógica amortización en función de una razonable actuación empresarial.

La regulación del supuesto que realiza la LCA bajo la denominación de indemnización de daños y perjuicios, impone esta obligación al empresario cuando la extinción anticipada por su parte *«no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato»* (art. 28), ha llevado a considerar la posibilidad de su aplicación analógica al contrato de franquicia.

El citado precepto no parece, sin embargo, que sea susceptible de aplicación analógica en virtud de que su razón última de protección del agente no es aplicable a la figura del franquiciado en cuanto que difieren las posiciones que uno y otro tienen en los procesos de distribución. El agente es un empresario que actúa por cuenta ajena y con una estrecha dependencia personal del principal que relega a un segundo plano la primacía del capital en el ejercicio de su actividad profesional. Lo que ha llevado a una protección casi laboral de su profesión empresarial que tiende a ampararle al máximo, entre otros aspectos, en todo aquello que pueda suponer un coste en inversiones de capital. De ahí la presencia de un derecho indemnizatorio por inversiones no amortizadas en los supuestos de extinción anticipada por parte del principal, que tiene además por la misma razón tuitiva la consideración de precepto imperativo (art. 3). El franquiciado para cumplir su función actúa, sin embargo, por su propia cuenta, si bien sea cierto que no sólo en su exclusivo interés, y lo hace con una presencia básica del capital empresarial, en lo que puede decirse que es una posición diferenciada del agente que por las razones antes dichas justifica el estar amparado por una legislación tuitiva.

La diferente calificación y función del contrato de franquicia aporta así razones para descartar una posible aplicación analógica del art. 28 de la LCA, pero que no permiten sostener, en términos absolutos, la inexistencia de un deber del franquiciador al respecto. Es admisible que, en conformidad al principio de la buena fe como elemento integrador del contrato pueda jugar la necesidad de la presencia de una indemnización por inversiones no amortizadas en aquellos casos en los que no pudiese pensarse que la propia duración del contrato no fue la suficiente como para creer que una actuación empresarial ordenada hubiera podido realizarla.

b) Los stocks

El problema de los stocks en manos del franquiciado a la finalización del contrato plantea también dudas sobre la necesidad de arbitrar una solución que evite la asunción de su coste exclusivamente por aquél; máxime cuando además el franquiciado deja de pertenecer a la red de distribución con la pérdida correspondiente de la posibilidad de utilización de los elementos que eran propios del sistema de comercialización franquiciado.

El franquiciado es un empresario que, en razón de su inserción del contrato de franquicia en la categoría de los contratos de distribución, asume el desplazamiento del riesgo que hacia él realiza el franquiciador en lo que se refiere a la colocación de los bienes en el mercado. Las consecuencias de su no colocación son, por tanto, un riesgo que él ha de asumir inicialmente en virtud de la función que cumple en el sistema distributivo.

La existencia de un término en el contrato elimina, en función de lo dicho, la posibilidad de un planteamiento que tienda a revertir lo que son las consecuencias propias del desplazamiento de un riesgo cuyo coste era previsible de repercutir en los propios términos del contrato. El problema quedaría circunscrito a los contratos de duración indefinida en virtud de las mayores dificultades de calcular la asunción del coste de un riesgo de no colocación de los bienes adquiridos en el mercado una vez perdida la facultad de proceder a la reventa en el marco del sistema de comercialización en el que venía operando, salvo que existiera ya prevista una recompra por parte del franquiciador que viniese a satisfacer en la misma medida el interés económico del franquiciado.

Sin ser admisible una afirmación negadora de este tipo de protección con carácter general, tampoco es sostenible la opinión contraria con ese mismo alcance. Se hace necesario una ponderación individualizada de los supuestos que justifiquen la presencia integradora de la buena fe en aquellos casos en los que la falta de plazo de preaviso suficiente o la propia insuficiencia en la duración del contrato, no hubieran posibilitado la eliminación de las existencias habidas en manos del franquiciado como consecuencia de una adquisición razonable o bien hecha en base a la creación de expectativas de continuidad frustradas sin mediar mala fe del principal. La integración del contrato sobre la base del principio de buena fe supone la necesidad de conceder un tiempo razonable para la reventa de los productos en el marco de la utilización de los signos distintivos propios del sistema de comercialización, salvo que estuviera prevista o se aceptase por el principal una recompra de los mismos. Lo que llevaría a pensar en la ineeficacia en estos casos de cláusulas de exoneración de asunción del riesgo analizado.

c) La clientela

La generación de clientela, entendida como el conjunto de sujetos que en el mercado tienen una tendencia a permanecer fieles hacia unos mismos signos identificadores, productos, servicios o empresas, es una consecuencia propia de los procesos de distribución que se justifica por la permanencia en el mercado con el que se presentan los diversos miembros de la red. Lo que sucede es que las razones de su generación y del referente que les atrae no son siempre las mismas. En los contratos de colaboración permanente, entre los que la agencia es el paradigmático y además ofrece una regulación específica, la actuación se lleva a cabo siempre por cuenta ajena, de forma que la vinculación en el proceso tiene siempre como sujetos finales del contrato que tiene como causa la colocación de los bienes (cualkiera que sea su naturaleza) en el mercado, al principal y al adquirente final y potencial cliente. El agente es un mero colaborador que actúa como empresario independiente en la tarea de auxilio a su principal, pero que no asume en principio ningún riesgo sobre la posible aceptación por el mercado de los bienes que aquél pretende situar en él. El referente para la clientela es así la empresa del principal y los bienes que ella genera, aunque el medio inicial de acceso a ellos provenga de la actividad del agente. Es por lo tanto cierto que, una vez extinguido el contrato de colaboración con el agente, dicha actividad puede seguir teniendo rentabilidad para el principal a pesar de que aquel agente ya no intervenga directamente y por lo tanto no participe en la distribución de los beneficios que sean consecuencia de la posible celebración de futuros contratos con los clientes que él consiguió para el principal.

El proceso histórico de la caracterización del agente como un empresario independiente del principal pero que inicialmente era, en muchos casos, un auxiliar dependiente de él, las reminiscencias de una impronta de la presencia de éste en la generación de instrucciones y de la primacía de la actividad personal sobre el elemento del capital en la estructuración de la organización empresarial del agente más el hecho real de que, una vez finalizada la relación de agencia y en determinadas situaciones, el esfuerzo del agente puede seguir produciendo beneficios para su principal de los que aquél no participaría, han fundamentado el reconocimiento de una compensación económica a su favor (la denominada indemnización por clientela) si una vez extinguido el contrato se dan las citadas circunstancias y existen razones de equidad que lo justifican (art. 28 LCA). Se trata de una indemnización que tiene su fundamento en razones tuitivas, que aproxima a la relación de agencia a las de naturaleza laboral, si bien se realice mediante su contemplación como una remuneración compensatoria de una actividad pasada que genera beneficios futuros de los que él no participa.

El dilema es dilucidar si existe, o no, una identidad de razón del agente con

el franquiciado que justifique su protección mediante el recurso a una aplicación analógica del régimen de indemnización por clientela existente para el agente como derecho convencionalmente irrenunciable, al tener carácter imperativo las normas que lo regulan (art. 3 LCA). La decisión a tomar requiere analizar cual pueda ser el fundamento último por el que se genera la clientela por el franquiciado y que fundamenta su propia permanencia una vez extinguida la franquicia, porque la aplicación analógica dependerá de su identidad con la que existe en función de la actividad del agente.

El franquiciado actúa en los procesos de distribución identificándose él y los productos o servicios que presta, aunque su actividad se haga bajo unos signos distintivos adquiridos para su utilización en el marco de un sistema de comercialización que su principal ha creado y que justifican el ahorro de un esfuerzo por su parte que es, precisamente por ello, objeto de remuneración. El franquiciado es un empresario independiente que se convierte en referente para el mercado en virtud de unos elementos de identificación y, en su caso, de unos productos o servicios que le han sido concedidos para su utilización finalista y en razón de servir a un reforzamiento de la red de distribución existente que en gran parte difumina el elemento de individualización que tiene su actuación como empresario independiente. La referencia de la clientela viene constituida por una creación externa de los signos identificadores de su presencia en el mercado y de la actividad conjunta de todos los miembros de la red. Durante la duración del contrato él se sirve de un sistema de comercialización y de unos signos de identificación que no son suyos y que ha de dejar de usar cuando la relación se extingue. La propia causa del contrato es lo que le permite participar en la distribución en red, a cambio del canon, aunque produciéndose un desplazamiento hacia él del riesgo de la colocación de bienes y servicios en el mercado que asume a cambio de la percepción de la contrapartida que constituye el margen de beneficios sobre el precio pagado por su adquisición por los terceros.

Carece, por lo dicho, de fundamento suficiente recurrir a la técnica de una aplicación analógica de la indemnización por clientela que la LCA contempla para el agente (art. 28), salvo en aquellos supuestos en que bajo la figura del franquiciado se encuentre materialmente una actividad calificable de agencia, aunque sin que pueda realmente en estos casos hablarse de aplicación analógica sino de identidad de supuestos y por lo tanto de aplicación del régimen por subsunción directa. El que la aplicación analógica no sea admisible no supone, lógicamente, el que las partes no puedan pactar, si lo estiman conveniente, una indemnización convencional.

Capítulo III

*La franquicia y el mercado.
La peculiaridad de la defensa
del consumidor*

La inserción del contrato de franquicia en la categoría de los contratos de distribución pone de relieve la incidencia de sus consecuencias mas allá de lo que es la exigencia de considerar como interés protegible el simple interés de las partes, al ser un contrato que tiene como finalidad última su función de colocación de bienes o servicios en el mercado. Aunque este fin se realice mediante un régimen contractual pactado libremente por las partes, no es permisible la inserción en él de cláusulas que puedan ir contra el modelo de mercado competitivo. La tutela del mercado trasciende además la que hasta ahora había sido una consideración clásica del mismo, en la que únicamente estaban presente los comportamientos de los empresarios actuantes, para extenderse a la protección del interés de todos los que participan en el mercado y con una especial incidencia al consumidor.

Por ello, para atender estas singularidades, se abordará separadamente, de un lado, las relaciones de la franquicia con el modelo de defensa de la competencia, lo que exige que previamente se realice una contemplación de los contratos de distribución desde esta misma perspectiva y, de otro, sus relaciones con las normas en protección de los consumidores y usuarios.

1. LA FRANQUICIA Y EL MARCO DE DEFENSA DEL MODELO DE MERCADO

A) Consideraciones previas: la contemplación de los contratos de distribución en relación con los pactos limitativos de la competencia

Es frecuente en todas estas figuras de la contratación al servicio de la distribución que la presencia de un interés común lleve al establecimiento de pactos de limitación de la competencia que se manifiestan con contenidos muy diversos, lo que provoca que tengan una especial significación en el tratamiento que reciben en el ámbito de la competencia.

Las restricciones a la competencia que pueden establecerse en estos contratos se manifiestan fundamentalmente en las *obligaciones de no contratar con terceros por parte de los distribuidores* en relación con lo que es el objeto propio de la actividad de distribución que realizan. A través de la presencia de estas obliga-

ciones de no hacer se produce la limitación de la concurrencia de posibles competidores ya que se evita que el sujeto obligado por ellas pueda contratar con otros en lo que se refiere a la misma prestación; pero no se elimina definitivamente el juego de la libre competencia en el mercado entre el empresario principal con el que cada uno de los sujetos de su red está vinculado y los otros empresarios posibles concurrentes y competidores en relación con los productos o servicios que él ofrece. Sí se produce, en cambio, una restricción en la competencia tanto de la oferta de servicios de distribución por los distribuidores a posibles empresarios, como de la demanda de servicios de colaboración por parte de los principales a posibles distribuidores. Las obligaciones de no hacer para terceros durante la vigencia del contrato pueden jugar indistintamente a favor de los productores/mayoristas, de los distribuidores y colaboradores o de ambos, colocándoles en una situación de privilegio frente a los que serían otros empresarios concurrentes en ese mercado de oferta y demanda de actividad.

Estos pactos normalmente desarrollan su eficacia desde el origen mismo del contrato, aunque no siempre con el mismo significado, pero no es infrecuente su presencia con una eficacia condicionada a la extinción del contrato mismo y a la existencia de determinados límites espaciales, objetivos y temporales. Este pacto de no competencia no puede tampoco ser confundido con «*el pacto de dedicación exclusiva de actividad*», ya que éste último supone una limitación absoluta al ejercicio de toda actividad empresarial que no sea con la parte beneficiaria del pacto, lo que sobrepasa el contenido antes citado y linda con la ilicitud por contravenir el principio constitucional de libertad de empresa.

Una cuestión diferente es la relativa al establecimiento además de *pactos de no concurrencia directa* entre el distribuidor y su empresario, con eficacia ya durante la vigencia del contrato o bien para un momento posterior a su extinción. Son diversas las manifestaciones que de esta protección pueden producirse y de entre ellas destaca, a los efectos que aquí se tratan, la existencia de pactos limitativos de la competencia para después de la finalización del contrato que suponen en definitiva la atribución de la clientela a una de las partes —el empresario principal— a cambio del no ejercicio por el empresario distribuidor de una actividad potencialmente concurrente.

El pacto de *exclusiva de zona o de clientela* en los contratos de distribución tiene un contenido que limita con los pactos de no concurrencia ya que supone limitaciones a la libertad del empresario principal para contratar distribuidores en esos ámbitos, reduciendo la competencia «interbrand» (entre marcas o entre redes de comercialización/distribución) y alterando el mercado al contribuir a su parcelación; no obstante, debe tenerse en cuenta que no es su finalidad inmediata el eliminar la concurrencia entre partes o de terceros, sino fortalecer el buen fin económico del negocio al que la cláusula va vinculada. Los pactos de no competen-

cia y de exclusiva van con frecuencia acompañados en su existencia de la exigencia de determinados comportamientos y prestaciones (exclusiva de compra, de suministro, etc.) que determinan las llamadas cláusulas combinadas que introducen regímenes jurídicos complementarios del propio contrato de distribución en sentido estricto y alteran el modelo de competencia.

Las figuras descritas no se dan en todas las modalidades contractuales que pueden aparecer a lo largo del proceso de distribución, ni cuando aparecen lo hacen con el mismo significado (obligación natural, calificación de principal o de accesoria, etc.), ni persiguen la misma finalidad. Por lo que a este último aspecto se refiere, la finalidad de estos acuerdos no es estrictamente, siempre, la de un pacto dirigido a eliminar la competencia, ya que su función inmediata es servir a una mejor distribución de los productos o servicios en cuanto que dichos pactos permiten con frecuencia al empresario principal una mayor seguridad en el cálculo de sus costes y beneficios, eliminando incertidumbres en la colocación de los productos y en las políticas de precios con un beneficio incluso para los propios consumidores; además compensan al distribuidor por la asunción de los riesgos por él asumidos y sirven a una mejor organización de la distribución colaborando a la distribución del riesgo, aunque indirectamente pueda tener unas consecuencias de limitación concurrencial. La protección, de un lado, del doble interés de las partes y, de otro, del modelo del mercado no pueden pues dejar de tenerse en cuenta a la hora de arbitrar soluciones de coordinación de ambos. Estas consideraciones son esenciales a la hora de juzgar en qué medida le son aplicables a los contratos de distribución con pacto de exclusiva las normas reguladoras de la defensa de la competencia, paliando lo que sería una simple calificación de pacto prohibido por contrario a la misma mediante el expediente de su consideración, en muchos casos, como categoría exenta de dicha prohibición.

En consecuencia con lo dicho ha venido actuando desde los años sesenta la Comunidad Económica Europea al declarar la inaplicabilidad del régimen de prácticas concertadas del apartado 1 del artículo 85 del Tratado de la Comunidad a los contratos de suministro, compraventa o mixtos, en exclusiva de determinados productos con objeto de revenderlos en una zona definida. Así, el Reglamento del Consejo n.º 19/65/CEE, de 2 de marzo de 1965, autorizó a la Comisión para poder *«declarar, mediante reglamento y conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, que el apartado 1 del artículo 85 no será aplicable a ciertas categorías de acuerdos en los que sólo participen dos empresas en los que una se comprometa con la otra a suministrarle en exclusiva [...] a comprarle en exclusiva determinados productos con objeto de revenderlos...»* (art. 1, a). Consecuencia de aquella autorización son hoy en día como normas aquí mas significativas los Reglamentos de la Comisión n.º 1983/83, n.º 1984/83, de 22 de junio de 1983 y n.º 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a

determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de compra exclusiva para reventa y sobre franquicia, respectivamente, que se encuentran complementados por una Comunicación de la Comisión relativa a los mismos en la que se anuncian cuáles son los principales criterios para determinar si un acuerdo se halla cubierto por dichas exenciones de categorías (*DOCE*, serie C. n.º 101, de 13 de abril de 1984). La existencia de los Reglamentos se justifica en su Exposición de Motivos a partir de la consideración de que de dichas actividades se desprenden mejoras para la distribución, abastecimiento del mercado y ventajas de los usuarios, que sirven incluso para estimular la competencia entre productos de diferentes comerciantes (al margen, lógicamente, de las ventajas que a las partes les puedan proporcionar). Estos Reglamentos han sido sustituidos por un reciente Reglamento de la Comisión n.º 2790/1999, de 22 de diciembre, en aplicación del artículo 81 (3) del Tratado a las categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de Defensa de la Competencia siguiendo el modelo comunitario también exime con carácter general determinadas categorías de acuerdos si se dan las condiciones exigidas (art. 5). El Reglamento de exención ha sido publicado por el RD 157/1992, de 21 de febrero, que se remite para la regulación de la exención por categorías a determinados contratos de distribución y, entre ellos, a la franquicia, a los ya citados Reglamentos comunitarios (art. 1). La franquicia es así objeto de un tratamiento especializado en el marco de la competencia, sobre el que se incidirá especialmente al abordar su posterior y concreto estudio.

Es evidente que la falta de inmediatez en la persecución del objetivo o el efecto de limitación de la concurrencia se disuelve todavía más cuando los pactos de exclusiva van unidos al contrato de agencia, cuya función se integra casi de manera absoluta en la satisfacción del fin del empresario con el que se colabora, lo que incluso puede hacer dudar de una dualidad de intereses económicos contrapuestos en el contrato al primar sobre ellos el interés común de las partes en el éxito de la empresa en la colocación de sus bienes en el mercado. En estos contratos la cláusula de exclusiva desborda su carácter de simple utilidad para las partes, para integrarse en lo que sería la lógica inherente del contrato. Es en este caso una cláusula funcionalmente unida al contrato de colaboración al que sirve. De otro lado, la finalidad de las cláusulas de exclusiva en los contratos de distribución es para el distribuidor beneficiario la de compensar el coste que le supone la puesta en marcha de una organización empresarial que asume el coste de la distribución, liberando al empresario productor o mayorista de esa incertidumbre en los términos que se expusieron. Sin embargo, en los contratos de colaboración la exclusiva persigue únicamente fortalecer el interés de las partes en una empresa económica común que aproxima la relación a las de carácter laboral con una di-

fuminación de lo que podría ser una contraposición de intereses e incluso de la existencia de dos empresas diferenciadas desde un punto de vista económico de dualidad de intereses.

Estas razones han llevado a que el tratamiento de la agencia con exclusiva en relación con las normas sobre competencia haya seguido un rumbo completamente diferente al indicado con respecto a los contratos de distribución. A diferencia de lo sucedido con los contratos de distribución en exclusiva, la Comunidad Económica Europea no ha considerado a los contratos de agencia con exclusiva como un supuesto excepcional por categoría de la posible calificación de ilicitud a la que en caso contrario se verían sometidos dichos pactos. La CEE ha partido, por el contrario, del hecho de considerar al contrato de agencia con exclusiva como un supuesto lícito y no afectado por las normas sobre competencia. En consecuencia con lo dicho, la Comisión consideró tempranamente en una Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (DOCE n.º 139, de 24 de diciembre de 1962) la legalidad de su existencia al margen de la prohibición del artículo 85.1 del Tratado dado «que no tienen ni por objeto ni como efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

B) La paradoja del marco jurídico regulador de las exenciones por categorías a determinados acuerdos de franquicia

Las obligaciones que configuran el contenido esencial del contrato de franquicia suelen ir acompañadas de otras obligaciones conexas, como son las de suministro o compra, y de la presencia natural de determinadas exigencias de comportamientos que inciden en el régimen de la competencia. La propia funcionalidad del sistema operativo de la franquicia en el proceso de distribución y su estructura en red presuponen la presencia en los contratos de un clausulado que frecuentemente incidirá en el mercado quebrando el modelo de competencia o generando conductas derivadas del abuso de una posición dominante (como se indicó al estudiar las obligaciones de las partes) frente a las que el ordenamiento ha de reaccionar. Es, sin embargo, cierto que muchas de las obligaciones del contrato de franquicia que son limitadoras de la competencia, mejoran con frecuencia la distribución de los productos o la prestación de los servicios franquiciados, a la vez que reservan a los consumidores y usuarios finales una parte equitativa del beneficio resultante (Considerandos 7 y 8 del Reglamento comunitario 4087/88). Esta es la razón por la que las normas reguladoras de la defensa de la competencia contemplan a determinados acuerdos de franquicia como exentos de la prohibición si reúnen determinados requisitos, a través del establecimiento de exen-

ciones por categoría que las consideran lícitas y sin necesidad para ellas de someterse a una autorización individualizada.

En nuestro ordenamiento jurídico, la vinculación entre el contrato de franquicia y el régimen de exenciones a determinados acuerdos que, en principio, serían contrarios al modelo de competencia, se produce por una doble vía. De un lado, como consecuencia del desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia que, sobre la base de la posibilidad que concede de establecer exenciones por categorías a los acuerdos que reúnan determinadas condiciones (arts. 3.1 y 5.1), dio lugar al RD 157/1992, de 21 de febrero, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. El citado RD 157/1992 no regula, sin embargo, un régimen específico sino que como hemos señalado anteriormente lo hace por remisión (art. 1.º) al Reglamento CEE n.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, aplicable a categorías de acuerdos de franquicia y que es uno mas de entre los que menciona como reguladores de acuerdos exenciones por categorías.

Al establecimiento del régimen de exención por categorías para los acuerdos de franquicia también se llega mediante otra vía de remisión específica y directa que es el ya citado RD 2485/1998, relativo a la regulación del régimen de franquicia, que impone para el ejercicio de la actividad de franquicia el deber de ajustarse al mencionado Reglamento CEE 4087/88 o a la disposición que lo sustituya (art. 2). El hecho es que este último Reglamento CEE, así como los otros habidos en materia de exenciones, ha sido derogado por el Reglamento de la Comisión n.º 2790, de 22 de diciembre de 1999, referido a acuerdos verticales y prácticas concertadas (art. 12.1), pero sin que pueda considerarse eficaz en su aplicación a nuestro mercado interno porque la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC manifiesta que los Reglamentos CEE anteriores en materia de exenciones por categorías y a los que nuestro ordenamiento se remite para regular su régimen en el ámbito del comercio interior, continuarán en vigor hasta que se aprueben por el Gobierno los nuevos textos reglamentarios aplicables a dicha Ley (Disp. Derog. Única).

Se presenta así el problema de una doble regulación con un régimen de contenido y un ámbito de aplicación diferente (nacional y comunitario) que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha intentado evitar que entren en conflicto, interpretando que los contratos de ámbito nacional que se ajusten a los nuevos Reglamentos de exención comunitarios requieren de «una autorización singular» que se concederá teniendo en cuenta los criterios establecidos en ellos. Es muy probable que la mera aplicación de la técnica derogatoria general de normas contenga una base suficiente para sostener la no vigencia de la referencia que hace nuestro ordenamiento jurídico a Reglamentos comunitarios ya derogados, como parece querer indicar el RD 157/1992 que regula el Reglamento sobre la franquicia.

El examen del Reglamento CEE 4087/88 relativo a las exenciones a determi-

nadas categorías de acuerdos de franquicia, aplicable por remisión a nuestro mercado interno (la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de octubre de 2001, ha subrayado la plena aplicabilidad del citado Reglamento respecto de la prohibición nacional), limita el supuesto de modalidad de franquicia al que es aplicable (art. 1 RD 157/1992; art. 1 Reglamento CEE 4087/88), ya que sólo afecta a los contratos de franquicia en los que participen dos empresas, que sea de productos y de servicios a los usuarios finales y a la principal, quedando fuera las de industria y la franquicia al por mayor (considerandos 4 y 5), a la vez que restringe su aplicación al hecho de que el contrato se establezca teniendo en consideración determinadas condiciones imprescindibles (art. 4). Lo que lleva a que las franquicias que no sean de las modalidades recogidas, participen más de dos empresas o ignoren alguna de las condiciones prescritas, no pueden someterse al régimen de exenciones por categorías y deban solicitar exenciones individualizadas.

El Reglamento CEE 4087/88 elabora su régimen partiendo de que algunos acuerdos contenidos en el contrato de franquicia no sólo no se consideran restricciones de la competencia, sino que se consideran prácticamente imprescindibles para el funcionamiento del sistema de distribución de franquicia y quedan por tanto exentos (art. 2). No obstante, hay determinadas obligaciones que aparecen en el contrato y que se recogen para indicar que su presencia no desnaturaliza las obligaciones exencionadas porque se consideran lógicas para un mejor ejercicio de la actividad (art 3.2), o bien que no las desnaturalizan en la medida en que sean necesarias para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada (art. 3.1). Estableciendo finalmente la inaplicación de las exenciones a franquicias en las que se den circunstancias o contenidos que puedan afectar gravemente a la libertad de competencia paralela (art. 5).

C) Las cláusulas susceptibles de afectar a la libre competencia más relevantes en el contrato de franquicia

En función del esquema mencionado en relación con posibles pactos limitativos de la competencia y sin ignorar que podrían traerse a consideración muchas otras cláusulas de las que el Reglamento CEE 4087/88 contempla, podemos agrupar aquellas obligaciones de las partes del contrato que son más relevantes por su susceptibilidad para afectar al modelo de competencia y por la frecuencia con la que se presentan en el contrato de franquicia en diversas categorías.

a) Obligaciones susceptibles de restringir la competencia entre las partes del contrato.—Las partes del contrato de franquicia son empresarios indepen-

dientes que en virtud del principio de libertad de empresa están legitimados para ejercer cualquier tipo de actividad además de la propia de franquicia, aunque sea haciéndose competencia directa o indirecta entre sí, pero siempre que sea conforme con el marco de la competencia leal. Sin embargo, en el clausulado de los contratos de franquicia es muy frecuente la presencia de obligaciones de no competir para el franquiciado directamente con su franquiciador en la fabricación, venta o utilización en el marco de la prestación de servicios productos competidores, que se considera como una obligación natural que es lícita por exenciónable, salvo en lo que respecta a piezas de recambio o accesorios (art. 2, e Reglamento CEE).

Se considera igualmente lícito el pacto, presentado con frecuencia, de no competencia directa o indirecta del franquiciado con el franquiciador ni con otro franquiciado mediante el ejercicio de un comercio similar en el espacio donde pudiera competir con ellos (art. 3.1, c Reglamento CEE), ni aunque lo fuera mediante la intervención mediatizada por la adquisición de participaciones en el capital de una empresa competidora (art. 3.1, d Reglamento CEE), siendo factible que el contenido de la primera obligación se extendiera más allá de la expiración del contrato si se establece dentro de determinados límites objetivos, temporales y territoriales (art. 3.1, c Reglamento CEE). Estos pactos de no competencia se entiende que no son imprescindibles para el buen fin de la franquicia, por lo que sólo se reputaran lícitos en la medida en que sean necesarios para la protección de los derechos del franquiciador sobre su propiedad intelectual o industrial o para mantener la identidad común o la reputación de la franquicia (art. 3.1 Reglamento CEE).

No es extraña la presencia de una obligación de no competencia directa en una zona determinada para el franquiciador con respecto al franquiciado, en orden a no explotar por sí mismo la franquicia ni a suministrar a terceros los productos de la franquicia (art. 2, a Reglamento CEE), que es considerada como lícita en el entendimiento de un comportamiento de máxima buena fe hacia el respeto de la más eficiente actividad del franquiciado.

b) Cláusulas protectoras de la zona concedida al franquiciado.—Es una obligación de carácter natural por su presencia habitual en estos contratos la protección del territorio concedido al franquiciado frente a la posible intrusión en la zona del propio franquiciador o de otros franquiciados, como una técnica de amparo para la protección de sus inversiones en contrapartida al riesgo asumido y desplazado desde el patrimonio del franquiciador.

La concesión de una protección de exclusiva zonal limitada a la obligación contraída por el franquiciador de no conceder a otros terceros un derecho de franquicia en la zona concedida a otro franquiciado o de no suministrar los productos o servicios a ningún otro empresario o consumidor final, se estima como absolutamente lícita por su carácter «quasi necesario» para una adecuada explota-

ción de la actividad de franquicia (art. 2, a Reglamento CEE). Lo que se puede extender además, con la misma calificación de licitud, a la prohibición a los franquiciados del ejercicio de una actividad de competencia activa fuera de su territorio zonal (art. 2, d Reglamento CEE). Esta prohibición puede también afectar a la franquicia principal al considerarse exenta la obligación impuesta al franquiciado principal de no contraer contratos de franquicia fuera de la zona que le ha concedido (art. 2, b Reglamento CEE).

El franquiciador no puede, sin embargo, comprometerse a crear una exclusiva absoluta de zona adquiriendo la obligación de limitar la actividad de un franquiciado cuando aquélla tiene el carácter de pasiva en razón de que su actividad se limita a atender la demanda de terceros ajenos a su propia zona contractual en el domicilio de los usuarios demandantes finales y no provocadas por él (art. 5, g Reglamento CEE). Se estaría ante un supuesto similar al de prohibición de importación paralela que atenta contra la libertad de circulación de productos o servicios creando zonas cerradas a la competencia en lo que se estima absolutamente contrario a la libertad de mercado. Esa prohibición es perfectamente compatible con la licitud del pacto limitativo de venta a sólo los usuarios finales, a otros franquiciados y a revendedores pertenecientes a otros canales de distribución aprovisionados por el fabricante de esos productos o con su consentimiento (art. 31, e Reglamento CEE).

c) Es frecuente que el contrato de franquicia incorpore cláusulas que determinan la presencia de prestaciones propias de otro contrato, pero conexas en su función a la causa objetiva del contrato de franquicia. Es así natural la presencia de **exclusivas de venta o suministro** a favor del franquiciador o con respecto a productos que se ajusten estrictamente a las especificaciones indicadas por éste.

La obligación de exclusiva de suministro puede afectar tanto a la franquicia de distribución como a la de servicios; se entiende que no atenta a la libertad de competencia cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad y siempre que sea necesaria para la protección de los derechos sobre bienes inmateriales del franquiciador o de la identidad común y la reputación de la propia red (art. 3.1, b Reglamento CEE). En ningún caso sería entonces posible establecer esta limitación a favor del franquiciador si es factible establecer determinadas exigencias objetivas de calidad, porque entonces se estaría ante una prohibición que por su ilicitud absoluta haría inaplicable una posible exención (art. 5, b). Se trata de una limitación que tiene como referente a las posibles franquicias multimarca en las que el franquiciado no se limita a actuar con los productos propios del franquiciador, que siempre puede exigir unas especificaciones mínimas de calidad para la preservación de los intereses inicialmente señalados (art. 3.1, a Reglamento CEE).

La cláusula de aprovisionamiento exclusivo de productos del franquiciador

se considera lícita por estar exenta al tratarse de una franquicia cuya causa subjetiva es la reventa de una sola marca en una absoluta integración de la red que persigue conservar la identidad de ésta y al mismo tiempo, en interés del franquiciador, el secreto del propio saber hacer del sistema de comercialización, pero sin que la exigencia pueda afectar a las piezas de recambio o accesorios (art. 2, e). Lo que en ningún caso puede impedir que el franquiciado sea libre para obtener los productos objetos de la franquicia de otros franquiciados o de otros distribuidores autorizados integrados en otra red si dichos productos se distribuyeran a través de ellos (art. 4, a Reglamento CEE).

2. LA FRANQUICIA Y LA DEFENSA DEL INTERÉS DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

La franquicia en cuanto contrato que tiene por finalidad última contribuir a una más adecuada distribución de los bienes y servicios en el mercado tiene una especial trascendencia en orden a la protección del interés de los consumidores finales en la medida en que éstos fueran los destinatarios últimos de dichos bienes y servicios. Se ha examinado anteriormente, la relevancia que tiene para el legislador la operativa económica de la franquicia en el marco de la defensa del modelo de mercado y el régimen de competencia, sin que pueda prescindirse para su análisis de la presencia que la figura del consumidor pueda tener en él en cuanto que es uno de los protagonistas que justifica la especial atención que dicho régimen presta a esta figura contractual.

El interés del consumidor es contemplado como protegible en el propio diseño del modelo social de mercado que la Constitución ampara (art. 51) y que de forma general desarrolla la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, aunque su amparo aparezca, además, directa o indirectamente en multitud de leyes especiales. Al margen del amparo general que el consumidor reciba como tal y que pueda tener su reflejo también en la franquicia, hay determinados aspectos que se consideran de máxima relevancia en la relación entre la franquicia y el consumidor. En concreto se va analizar la defensa del interés del consumidor respecto al uso de la misma marca por los diversos miembros de la red de franquicia y la calidad de los productos, en relación con la defensa de sus legítimos intereses económicos y a una veraz información; el de su protección ante los daños producidos por productos defectuosos; y el del amparo de su interés ante la posible quiebra del modelo de mercado como consecuencia de los pactos incluidos en el contrato de franquicia y frente al comportamiento de alguna de las partes cuando sea contraria a la exigencia de un comportamiento leal dentro de aquél.

El franquiciado es un empresario independiente y en cuanto tal es directamen-

te responsable del cumplimiento de los contratos celebrados con terceros, como, inicialmente, de cualesquiera que fueran las consecuencias que puedan derivarse de su actuación empresarial; si bien es cierto que siempre, en muchas de sus modalidades, tendrá una especial incidencia en el contrato el régimen especial de los consumidores finales con la peculiar protección que para ellos se establece en aplicación del régimen general de responsabilidad y de la contratación civil o mercantil.

A todos los efectos es básico para el tercero que se relaciona con un empresario y en concreto para el consumidor, conocer la posición que tiene aquél en un concreto sistema de franquicia. Es útil a estos efectos la existencia de un doble mecanismo que posibilita conocer cuál es la real situación en la que se encuentra. Una técnica de protección es de naturaleza pública y viene proporcionada por la publicidad que suministra el Registro de Franquiciadores (RD 24/1998) (central y autonómicos) en el que el franquiciador deberá inscribirse, bajo la consideración de su omisión como infracción grave (art. 65.1, q LOCM), con carácter previo al inicio de su actividad (art. 5) y teniendo que suministrar, necesariamente para obtener su inscripción, una documentación que es relevante del contenido de la franquicia y de los miembros de la red (art. 7) y a cuyo contenido dado su carácter público puede tener acceso cualquier persona interesada (art. 6, f). Existe además la información pública que proporciona el Registro Mercantil sobre los empresarios individuales o de naturaleza societaria, cuyos datos identificadores de la inscripción registral han de hacer constar en su documentación bajo la amenaza de una sanción pecuniaria de naturaleza administrativa por su incumplimiento (art. 24 C de c).

La otra técnica protectora es de carácter indirecto y de naturaleza jurídico-privada al sustentarse en la presencia, normalmente, en el contrato de cláusulas que exigen al franquiciado la omisión de cualquier comportamiento que pudiera inducir a error sobre las características de su actividad, así como a indicar a los terceros la situación en la que actúa. Se trataría en todo caso de un deber contractual de cuyo incumplimiento, sin embargo, se derivarían consecuencias que exceden el marco de las estrictamente contractuales, puesto que la exigencia de que el franquiciado esté obligado contractualmente a indicar su calidad de comerciante independiente es una de las condiciones necesarias para que puedan ser exencionados de la prohibición determinados pactos contenidos en el contrato de franquicia (art. 4, c Reglamento CEE).

A) La protección de los consumidores frente a la utilización de la misma marca por los diversos franquiciados de la red para contraseñar productos o servicios idénticos

La creación de una red de franquicia mediante la celebración de una pluralidad de contratos de franquicia que se integra en ella con un contenido homogé-

neo, implica la utilización simultánea por el conjunto de franquiciados (y, en su caso, también por el propio franquiciador directamente o a través de sucursales o filiales) de una misma marca con la finalidad de su utilización impropia como rótulo y también, en su caso, para contraseñar productos o servicios idénticos. Ello es posible como consecuencia de la susceptibilidad de los bienes inmateriales para ser explotados simultáneamente por un número indeterminado de personas y de no configurarse con carácter de exclusividad.

Esta utilización simultánea de un marca por una pluralidad de franquiciados para contraseñar productos o servicios idénticos constituye una situación susceptible de afectar al interés de los consumidores de dichos productos o servicios, ya que puede inducirles a error sobre su origen empresarial y también defraudar sus expectativas en relación con la calidad de los productos o servicios contraseñados con la misma marca utilizada por los diversos miembros de la red.

La marca cumple una función indicadora de calidad del producto o servicio contraseñado no en el sentido de que la misma garantice un concreto y determinado nivel de calidad, sino tan sólo de que los productos o servicios diferenciados por ella tienen una calidad homogénea, una constante de calidad mínima uniforme, que justifica la decisión de la opción del consumidor hacia un producto o servicio concreto y no hacia otro diferenciado de diversa manera. Y esto es previsible en relación con el mismo empresario que es titular de la marca como con respecto a aquellos otros que están autorizados para su utilización en un proceso de distribución.

Desde la estricta perspectiva del Derecho español de marcas, no se impone al licenciante el deber de un control de calidad, sino que se deja a la voluntad de las partes tanto la previsión de un posible régimen de control, como la fijación de su contenido y la supervisión de su cumplimiento. El legislador no ha adoptado ninguna medida particular dirigida a eliminar, en este concreto ámbito, el riesgo de engaño de los consumidores en los supuestos de licencia de marca, partiendo de la consideración de que el titular del derecho de marca es el principal interesado en impedir que el licenciatario o, en su caso alguno de ellos, utilice la marca en relación con productos o servicios de calidad inferior, lo que le llevaría a adoptar las medidas que considere necesarias para ello (a estos efectos, la medida introducida en la nueva LM —art. 47.2— en cuya virtud puede denegarse la inscripción de una transmisión de marca si se dedujera de forma manifiesta que de la misma puede inducirse al público a error, no puede considerarse suficiente para eliminar el riesgo de perjuicio del interés de los consumidores como consecuencia de la cesión o licencia de una marca). En definitiva sería finalmente el mercado el que presionaría al manifestar su desapego ante la conducta improcedente si ésta no es corregida. No obstante, se han puesto de manifiesto dudas sobre el hecho de que ese interés del titular del derecho de marca sea suficiente para proteger el interés

de los consumidores, para los que no existe en el Derecho español una protección directa que supedite la validez del contrato de licencia de marca a la adopción por el licenciante de medidas específicamente dirigidas a impedir el engaño del público en relación con la calidad de los productos o servicios contraseñados con la misma marca. En supuestos excepcionales entraría en juego la causa de caducidad prevista en la Ley de Marcas, a tenor de la cual los Tribunales declararán la caducidad del registro de marca *«cuando a consecuencia del uso que de ella hubiera hecho el titular de la marca, o que se hubiera hecho con su consentimiento, para los productos o servicios para los que esté registrada, la marca pueda inducir al público a error, especialmente acerca de la naturaleza, calidad o la procedencia geográfica de estos productos o servicios»* (art. 55.1.e LM). A partir de esta situación de Derecho positivo, en nuestra doctrina se han realizado infructuosos esfuerzos para fundamentar un deber de control a cargo del titular del derecho de marca en los casos de licencia (que algunos autores derivan de la previsión de la causa de caducidad señalada y otros, incluso, de una extensión analógica del régimen previsto para el contrato de arrendamiento).

Aunque no pueda fundamentarse la existencia de un deber de vigilancia, generalmente en el contrato se pactará el mantenimiento de un determinado nivel de calidad, que posibilita al licenciante para ejercitar los derechos que le confiere el registro de la marca o su solicitud contra el licenciatario *«que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a [...] la calidad de los productos o de los servicios prestados por el licenciatario»* (art. 48.2 LM). Se trataría simplemente de una técnica indirecta de amparo del consumidor en tanto que el licenciatario procuraría no infringir el nivel de calidad pactado para evitar la repercusiones que ello podría tener en la propia existencia de la licencia. La situación ha provocado que la doctrina reclame insistentemente la adopción legal de otras medidas que permitan impedir el engaño al público al considerar que el régimen establecido es manifiestamente insuficiente para ello, propuestas que, sin embargo, no han sido atendidas por el legislador en la reciente reforma de la regulación de las marcas.

El establecimiento del régimen de control que se persigue en la franquicia para amparo del consumidor y en interés de la propia red, no se dirige tanto a conseguir unos determinados niveles de calidad de los productos o servicios contraseñados por los franquiciados (se trataría de un problema que se resolvería en el aspecto interno de la relación jurídica de franquicia), como simplemente a impedir que la calidad de estos productos o servicios sea distinta en función de cuál sea el franquiciado de la red con el que el consumidor se relaciona en cuanto que los productos o servicios se distribuyan en el mismo mercado, y a fin de evitar el que coexistan en un mismo mercado productos iguales de distinta calidad y contraseñados con la misma marca. Lo que se pretende es, en definitiva, que el nivel

de calidad de los productos o servicios contraseñados sea similar en la red de franquicia, puesto que el consumidor asume que los productos contraseñados con la misma marca tendrán un nivel similar de calidad.

Sin perjuicio de la ausencia de un deber legal de control sobre los licenciarios, es lo cierto que en la generalidad de los casos el franquiciador-licenciatario impondrá en el contrato al franquiciado-licenciatario un sistema de actuación y de instrucciones tendentes a posibilitar el control de la utilización que haga éste de la marca que es parte esencial del contrato de franquicia en relación con el mantenimiento de una calidad determinada y homogénea, cuando aquél cae sobre productos o servicios. En este caso, el sistema de comercialización de productos o servicios, que constituye su objeto, se fundamenta en conseguir una absoluta homogeneidad tanto en los productos y servicios comercializados como en las condiciones de comercialización a fin de mantener la unidad de imagen que la red representa. El régimen de control que se establece en un contrato de franquicia tiene así un diferente carácter respecto al previsto en un simple contrato de licencia de marca, puesto que en éste es meramente pasivo y en aquél es un control activo que se extiende sobre el conjunto de la explotación empresarial del franquiciado con una mayor o menor amplitud, al margen de que el control en el contrato de licencia se circunscribe a la calidad del producto o servicio contraseñado por el licenciatario, mientras que en la franquicia se extiende a la comercialización del producto o servicio. En todo caso, la fijación en el contrato de franquicia de un nivel de calidad de los productos o servicios que van a ser contraseñados por el franquiciado-licenciatario permite ejercitar contra éste, en el caso de infracción del mismo, no sólo las acciones propias del no cumplimiento del contrato, sino también las propias de la protección del derecho de marca (cfr. art. 48.2 LM).

Todo ello permite concluir que no existe un deber legal estricto del franquiciador de controlar la calidad de los productos o servicios contraseñados con su marca por el franquiciado, de modo que la protección de los intereses de los consumidores queda en manos de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de franquicia que lo contemplarán en función de la propia finalidad del sistema distributivo de la franquicia.

B) Responsabilidad por los daños derivados de productos defectuosos

Una de las cuestiones de mayor importancia práctica que se presentan en relación con la franquicia y el mercado es la de la responsabilidad por los daños derivados de productos defectuosos en relación con la diversidad de normas aplicables. Es este un tema que no sólo afecta al interés de los consumidores, sino al de todos aquellos sujetos que se pudieran ver afectados con independencia de

cual fuera su posición económica en el mercado y cual el posible título en que detentase el bien causante del daño.

Nuestro ordenamiento ha abordado el supuesto en la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (en adelante LRPD), si bien lo ha hecho de forma limitada en lo que se refiere al ámbito del supuesto de hecho que aborda. En el sentido indicado, la Ley 22/1994 tiene un ámbito subjetivo de aplicación en cuanto que trasciende lo que sería la mera protección de los consumidores (Exp. Mot.) para extenderlo a cualquier sujeto afectado mientras que, por el contrario, restringe el concepto de producto susceptible de causar un daño como consecuencia de su carácter defectuoso en el momento de su puesta en circulación (art. 2) y limita el ámbito de protección con respecto al alcance de los posibles intereses susceptibles de ser dañados (art. 10). Ello supone, como doctrinalmente se ha reiterado, que para los supuestos no contemplados no quedan derogados ni el marco general de responsabilidad extracontractual del Cc (art. 1902) ni el específico de la LGDCU (arts. 25 y ss), puesto que no hay una norma derogatoria al respecto. Sólo existe el mandato de una inaplicación de la LGDCU en el caso concreto de los daños por productos defectuosos que la LRPD regula (Disp Fin 1.^a) e incluso se produce un llamamiento expreso a la legislación civil general para la cobertura de los daños y perjuicios no cubiertos (art. 10.2 LRPD).

La LRPD diseña un sistema de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos que parte de la idea de basar la responsabilidad en la contrapartida de la creación de un riesgo empresarial del que pueden derivar beneficios ilimitados, alejándose del criterio tradicional de la responsabilidad por culpa, si bien es cierto que el producto causante del riesgo queda limitado a los bienes muebles, autónomamente considerados o incorporados a otro, y por extensión al gas y a la electricidad (art. 2) y al daño que su consideración legal de defectuoso (art. 3) puede producir en las personas (muerte y lesiones corporales) y en cosas distintas del propio bien, pero siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privado y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el dañado (art. 10).

El sistema de imputación semi-objetiva de la responsabilidad parte de una responsabilidad directa del fabricante (real o aparente al presentarse al público como tal) y del importador (art. 4.1 y 2), aunque con la subsidiaria del suministrador si aquél no pudiera ser identificado (art. 4.3). Las causas de exoneración de responsabilidad están tasadas (art. 6) y ésta es solidaria y no puede ser reducida además por la intervención de un tercero (art. 8), aunque sí por la del propio perjudicado (art. 9).

Los diversos sujetos participantes en un proceso de distribución mediante la presencia en él del contrato de franquicia se pueden contemplar, claramente,

como posibles afectados por el sistema en cuanto el bien y el daño producido se vean causados en el marco del modelo que la LRPD construye, si bien merece hacer algunas precisiones al respecto.

Las modalidades de franquicia que pudieran ser afectadas son básicamente la de distribución y la de fabricación pero no, por su propia finalidad, la de servicios, ya que éstos se excluyen de la LRPD. En estos casos, la responsabilidad afectaría a las partes de la franquicia frente a los consumidores finales sin duda alguna, pero no es tan evidente que el concepto de «consumo privado», al que el bien dañado por el producto defectuoso ha de ir anudado (art. 10.1), no pueda querer comprender también a cualquier tipo de consumidor, no únicamente al final, y entre ellos también a los propios sujetos de la franquicia en el caso de que adquirieran el bien dañado.

La calificación por la que las partes de un contrato de franquicia adquirieran responsabilidad por el daño derivado del producto defectuoso, no deriva de su designación como franquiciante o franquiciado sino de la posición que ocupen de fabricante (real o aparente) o de suministrador. Estas posiciones pueden ser detentadas indistintamente, e incluso acumulativamente, por uno u otro en función de cual sea la modalidad de franquicia ante la que nos encontremos y en el entendimiento además de una interpretación extensiva del término distribuidor que vaya más allá del mero suministrador final y englobe a todos los integrantes de la cadena de franquicia. A este respecto, conviene resaltar por su incidencia en la franquicia que se incluye dentro del concepto legal de fabricante a quien efectivamente elabore el producto acabado (el fabricante «real»), al de cualquier elemento integrado en un producto terminado (el denominado «fabricante parcial»), al productor de una materia prima en relación con los productos fabricados a partir de ésta y, por último, a «*cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación*» (art. 4). Este último supuesto hace referencia al denominado «fabricante aparente», es decir, a quien sin ser fabricante del producto se presenta al público como si lo fuese poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo (a tenor de este precepto, por tanto, para estar en presencia de un «fabricante aparente» es necesario que la persona ponga su nombre, denominación social, marca o cualquier otro signo y que, además, se presente al público como si fuese el fabricante del producto de que se trate).

Para que el franquiciador o el franquiciado deban asumir la responsabilidad prevista en esta Ley no basta, sin embargo, con su calificación como fabricante real, parcial o aparente o como productor de la materia prima utilizada en la fabricación del producto, pues dicha Ley prevé también un importante conjunto de causas de exoneración entre las que destaca la relativa a su no participación en la

puesta en circulación del producto (el art. 6.1.a de Ley 22/1994 determina que el fabricante o el importador no serán responsables si prueban «*que no habían puesto en circulación el producto*»). Ello pone de manifiesto que, para determinar la responsabilidad del franquiciador por los daños causados por productos distribuidos o comercializados por el franquiciado y para la de éste mismo, debe atenderse a la participación de franquiciador y franquiciado en la fabricación y puesta en circulación de los productos.

En la medida en que el contrato de franquicia incorpore una licencia de patente entrará además en juego el art. 78.1 la Ley de Patentes que establece que el cessionario o el licenciatario de patente «*responderá solidariamente con el adquirente o con el licenciatario de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a terceras personas por defectos inherentes a la invención objeto de la solicitud o de la patente*», situándonos ante una norma que establece un régimen de responsabilidad del licenciatario (y del cedente) de patente que juega como complemento del régimen general de responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos y que puede ir en sus efectos mas allá de lo que son las partes del propio contrato de franquicia. En cambio, no se establece una medida similar para el caso de licencia de marca (la nueva LM ha mantenido en este aspecto el mismo silencio de la Ley de Marcas de 1988, a pesar de que se ha modificado el régimen de la licencia de marca trasladando prácticamente en su integridad el régimen previsto para la licencia de patente) ni de otros signos distintivos ni tampoco de otras creaciones industriales (como el *know-how*).

Aunque las consideraciones indicadas alcanzan de forma general a las modalidades de franquicia de distribución y de producción, puede ser aclarador hacer una mayor precisión con referencia a cada una de las modalidades básicas indicadas, la de distribución y de producción, que trataremos separadamente prescindiendo de la franquicia de servicios dado que el régimen especial previsto en la LRPD contempla exclusivamente la responsabilidad derivada de los daños causados exclusivamente por productos defectuosos:

— En *la franquicia de distribución* el franquiciador autoriza al franquiciado a la venta de los productos fabricados por el propio franquiciador (o por terceros vinculados económicamente a éste). En este caso, por tanto, el franquiciado es un mero distribuidor del bien que ha sido previamente fabricado por el franquiciador o por un tercero. La responsabilidad derivada de los daños causados si el producto es defectuoso será imputable, por tanto y en primer lugar, al fabricante del producto (es decir, el franquiciador o el tercero) y no al franquiciado (salvo en el caso de que éste actúe como importador del producto defectuoso fabricado por el franquiciador), aunque pueda serlo subsidiariamente como distribuidor. Podrá imputarse responsabilidad al franquiciador en los casos en los que éste sea fabri-

cante «real» del producto defectuoso, pero también en aquellos casos en los que, siendo fabricante un tercero, el producto defectuoso se contraseñase con la marca del franquiciador de una manera tal que permita estimar que se presenta al público como fabricante (responsabilidad como fabricante aparente) o el franquiciador actúe como importador (caso de que el tercero fabricante elabore el producto fuera de la Unión Europea —cfr. art. 4.2 Ley 22/1994—). En todos estos casos, sin embargo, será necesario que el franquiciador haya puesto en circulación el producto defectuoso pues, en caso contrario, podrá exonerarse de su responsabilidad; aunque parece lógico interpretar que la entrega del producto por el franquiciador (sea fabricante real o aparente o importador) a los franquiciados constituye ya una puesta en circulación del producto defectuoso. Excepcionalmente, también podría imputarse responsabilidad al franquiciador no fabricante que tampoco pueda ser considerado importador si suministró el producto a los franquiciados a sabiendas de la existencia del defecto (Disp. Ad. Única LRPD).

A su vez, debe contemplarse también específicamente la submodalidad de franquicia principal de distribución, denominada *master franquicia*, que hace referencia al supuesto en el que un sujeto (el denominado «franquiciado master») adquiere el derecho exclusivo a explotar y desarrollar la franquicia dentro de un determinado territorio directamente o a través de terceros que contratan con él (mediante contratos de subfranquicia o de franquicia) y frente a los que asume la obligación de prestar la asistencia y formación comercial necesaria. En éste como en cualquier otro caso de subfranquicia de distribución, el subfranquiciador es también un mero distribuidor de los productos de que se trate aunque, según los casos, podrá ser considerado un importador de éstos (es frecuente que la llamada «master franquicia» se refiera al contrato de franquicia celebrado entre el franquiciador principal de un producto y su distribuidor en un país). La responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso podría alcanzar, por tanto, al franquiciado master (si puede ser considerado importador en los términos establecidos en la LRPD) y al franquiciador principal (si es fabricante real o aparente de los productos o, en otro caso, puede ser considerado importador).

— Por su parte, en el caso de *franquicia de producción o industrial* el franquiciador autoriza al franquiciado a fabricar los productos que aquél mismo fabrica, siguiendo sus instrucciones (interviniendo normalmente una licencia de patente). En este caso, el fabricante del producto defectuoso será el propio franquiciado (que también será quien lo pone en circulación) y, en consecuencia, a éste será imputable, como tal fabricante, la responsabilidad derivada de los daños causados por el mismo. Sin embargo, la cuestión requiere un análisis más detenido dado que, generalmente, el franquiciado elabora el producto siguiendo las instrucciones precisas impartidas por el franquiciador e incluso a partir de los in-

gredientes o componentes que éste le suministra previamente. En este último caso, podría llegarse a pensar en la responsabilidad del franquiciador bajo su consideración bien de «fabricante parcial», bien de productor de materias primas utilizadas en la elaboración del producto final.

Una peculiaridad se presenta en los supuestos en los cuales el franquiciador, sin proporcionar ingredientes o componentes del producto que elabora el franquiciado, se limita únicamente a impartir instrucciones sobre la fabricación del producto y a establecer un régimen de control para comprobar si el producto elaborado por éste se ajusta a las especificaciones establecidas por aquél, ya que en este caso (el supuesto en el que media una patente ya fue examinado) la imputación de responsabilidad resulta más problemática. En principio, no puede considerarse que el franquiciador sea un «fabricante parcial» ni tampoco un «productor de materias primas» o un «fabricante aparente» (salvo que la señalización del producto con la marca permita considerar que el titular de ésta se presenta al público como fabricante) pero sin embargo, indiscutiblemente, los defectos del producto elaborado por el franquiciado podrían derivar de las instrucciones impartidas por aquél.

La responsabilidad del franquiciador en este supuesto, por aplicación de la LRPD ya que otra cosa podría ser su consideración bajo otras leyes distintas, puede derivar de una aplicación analógica de las normas relativas a la responsabilidad del fabricante. En este sentido, si se admite que la *ratio legis* de la responsabilidad que se atribuye al fabricante se concreta en que éste es quien causa el riesgo, deberá admitirse la aplicación por analogía del art. 4.1 de la LRPD a todos los sujetos intervenientes en el proceso de fabricación de un producto no mencionados expresamente en dicho precepto y que puedan considerarse causantes del riesgo. Este podría ser el caso del franquiciador en aquellos supuestos en los cuales contribuya, mediante la impartición de instrucciones o el establecimiento de un régimen de control, a la fabricación del producto defectuoso elaborado por el franquiciado y contraseñado con la marca licenciada. En estos supuestos podría probablemente exonerarse el franquiciado si, a pesar de ser el fabricante, prueba que el defecto es imputable a las instrucciones dadas o, al menos, repetir contra quien impartió dichas instrucciones.

Como se expuso en su momento, la responsabilidad derivada de productos defectuosos no se agota en la LRPD a la que se ha venido haciendo referencia, sino que se ha de complementar con el régimen general para la defensa de los consumidores de la LGDCU 26/1984 de 19 de julio (arts. 25 y ss) y el régimen de responsabilidad extracontractual del Cc (art. 1.902). La LGDCU, como el Cc, serán por lo tanto aplicables, con sus propios sistemas y ámbitos de protección, en aquellos supuestos de daños en los que su aplicación no haya sido excluida y que la LRPD no contempla, al margen de la exigencia a su vez de una coordinación entre aquellos textos legales que supone la postergación del Cc en lo que es ma-

teria propia de protección del consumidor o usuario. Los supuestos a los que el Cc sería aplicables tendrían que determinarse en función, por tanto, de un criterio de exclusión que tuviera como elementos de referencia a los supuestos que se delimitan en las otras normas indicadas.

La LGDCU tiene restringida su aplicación a los consumidores o usuarios finales como sujetos destinatarios de la misma (art. 1), con lo que supone de inaplicación a aquellos que no lo sean, a la vez que limita su eficacia al quedar excluidos los daños causados por los bienes contemplados en la ya analizada LRPD. La posible indemnización de los daños y perjuicios causados contemplados por la LGDCU (arts. 2.1, c y 25 a 28) tiene por lo tanto una eficacia residual complementaria de aquellos supuestos no regulados por la LRPD (su Disp. Final Primera los excluye expresamente para los daños producidos por los productos que ella contempla), pero que se extiende no sólo a productos sino también a servicios (art. 25.1) y a los propios daños del bien o servicio defectuoso, si bien sólo en relación con los consumidores. Ello significa que su régimen puede extenderse, en el marco indicado, tanto a la franquicia de distribución como a la de fabricación, pero también a la de servicios.

El sistema de protección, ciertamente confuso y debatido, que ofrece la LGDCU con respecto a la indemnización del consumidor por los daños que *«el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen»* (art. 25) se estructura en tres categorías diferenciadas de aplicación de responsabilidad. Un primer nivel de responsabilidad en el que el fundamento de la imputación es la mera causación del daño, salvo que se acredite haber tenido un comportamiento diligente tanto en el cumplimiento de las exigencias legales como con las que son requeridas por la propia naturaleza del producto, por ser conforme con su naturaleza y finalidad y con las normas que la regulan (arts. 25 y 27.1). Existe una presunción de culpabilidad, salvo prueba en contrario, para todos los que producen, importan, suministran o facilitan los productos o servicios determinantes de los daños (art. 26) y de los que responden solidariamente los que concurrieren, aunque internamente se repercuta en función de la participación en los daños con lo que supone de introducción de nuevo del criterio subjetivo de culpa (art. 27.2; para exigencia conjunta parece sensato que se requiera la existencia de un mínimo de presunción de imputabilidad).

La existencia de una franquicia supone, en consecuencia con lo dicho, la posible responsabilidad solidaria, en los términos indicados, ante el consumidor o usuario de cualquiera de las prestaciones derivadas de las diversas modalidades (distribución, de servicios, de producción) con las que aquélla puede presentarse, por parte de todos los sujetos implicados en el sistema de distribución desde su producción hasta su distribución final. Lo que no significa que respondan solamente los sujetos que fueron parte del concreto contrato de franquicia, si bien sea frecuente que todo el proceso de creación y de distribución se agote entre ellos.

En un segundo nivel se establece un criterio de responsabilidad semi-objetiva que determina la del tenedor de los mismos para los supuestos de productos a granel (art. 27, b) y la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad en el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre integral (art. 27, c), salvo que se identifique al verdadero responsable en el proceso. El criterio basado en una lógica protección del consumidor ante el desamparo para poder determinar en estos supuestos al verdadero responsable, remite la carga de la identificación del culpable al que lógicamente está en mejor situación para hacerlo. En el supuesto de que los daños se efectuaran en el marco de una franquicia parece que la responsabilidad inicial de los posibles daños se imputaría al franquiciado si fuera el distribuidor final, en el primer caso, y, en el segundo supuesto, al franquiciador si su razón social o su marca, como normalmente sucederá, figurara en el producto. Todo ello al margen de la repercusión, interna o hacia terceros, que se pudiera hacer de la responsabilidad contraída o de la exoneración por identificación del verdadero culpable.

El tercer nivel de responsabilidad es de carácter objetivo y opera en relación con los daños producidos por bienes considerados de alto interés público y requerir por ellos unos niveles máximos de garantía (art. 28). En estos casos hay una cierta precisión en la referencia objetiva de los bienes o servicios posibles causantes del daño pero sin que, por el contrario, se expidiese con claridad ni los sujetos responsables ni el régimen de concurrencia ya que la única indicación es de exclusión de los niveles anteriores al señalar que *«no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores...»* (art. 28.1). Lo que la doctrina ha venido entendiendo, no sin dudas, que significa un desplazamiento de los modelos de responsabilidad anteriores (pero no del sistema de responsabilidad solidaria) y de su sustitución por el modelo de protección más rígido que es el de la responsabilidad objetiva.

En el sentido indicado la posible existencia de un contrato de franquicia se subsumiría en el sistema de responsabilidad objetiva si la prestación efectuada en el mercado final tuviera las características señaladas. La responsabilidad objetiva alcanzaría con carácter solidario a todos los sujetos que fueron parte de la cadena de distribución del producto.

En el proceso de distribución se ubicarían los sujetos actuantes como franquiciador y franquiciado, pero sin excluir la posibilidad de que también respondan otros sujetos que siendo parte del proceso de distribución no lo eran del contrato estricto de franquicia. La repercusión de la posible indemnización sería en función de la diversa participación de cada uno *«en la causación del daño»*, lo que indudablemente tendría a su vez consecuencia entre las partes del contrato de franquicia a la hora de determinar la asunción de responsabilidad y su conexión o no con las obligaciones que entre ellas se contrajeron para su cumplimiento.

A la hora de circunscribir la responsabilidad en el marco de la franquicia y el

consumidor se hace necesario indicar, finalmente, las consecuencias que puedan deducirse de la aplicación del régimen de general de responsabilidad que el **Código civil** establece. La indemnización por responsabilidad extra contractual que contempla el Cc (art. 1902) en relación con el supuesto que se analiza tiene una aplicación subsidiaria y residual al consumidor en razón de la especificidad de la LGDCU, si bien siempre quepa pensar en la posibilidad de su utilización para la exigencia de cantidades que superen el límite cuantitativo indemnizatorio establecido por ella. Una mayor presencia puede tener fuera del estricto marco del consumidor final, si nos ceñimos exclusivamente al concreto supuesto objetivo de daños producidos por productos defectuosos, en cuanto que la LRPD circunscribe su eficacia a determinados productos como causantes del daño y en relación con determinados intereses (personas y bienes ajenos al producto causante), remitiéndose expresamente para el resarcimiento de «*los demás daños y perjuicios, incluidos los morales [...] a la legislación civil general*» (art. 10.2).

La responsabilidad susceptible de ser regulada por el 1902 CC tiene la virtualidad de que por su amplitud (frente a cualquier sujeto imputable; exigible por cualquier sujeto dañado; cualquiera que sea la fuente causante del daño y no exclusivamente el producto en sentido estricto) cubre de forma exhaustiva el ámbito de protección no afectado por las citadas leyes especiales. Es cierto que la exigencia de la presencia de la culpa como elemento componente de la responsabilidad extracontractual restringe la funcionalidad de su protección al desplazar el riesgo como justificador de la imputación en aras de la protección del interés del causante, aunque la tendencia doctrinal y jurisprudencial haya procedido a una cierta atenuación del criterio subjetivo de imputación.

El esquema de responsabilidad extracontractual frente al consumidor, por daños derivados de productos defectuosos, sería aplicable en la franquicia con gran amplitud en todos aquellos supuestos que no fueran subsumibles en los regímenes especiales anteriormente indicados, si bien se requeriría la demostración de un comportamiento culposo en la actuación de una o de ambas partes del contrato. Cabe, no obstante, plantearse hasta qué punto no sería también de aplicación al franquiciador la responsabilidad por la conducta dañosa del franquiciado en aquellos supuestos en los que la dependencia e instrucciones anulen la autonomía del franquiciado como empresario independiente hasta un punto tal que permita hablar de un comportamiento asociativo que conllevaría una responsabilidad en la actuación, o incluso de la existencia de una dependencia tal en la que la subordinación fuera de tal magnitud que ocultara una relación quasi laboral a la que fuera de aplicación la imputación del franquiciador por una presunción de culpa in vigilando (artículo 1903 Cc).

Si el daño fuera a un consumidor que fue parte del contrato final con el franquiciado, cabe pensar también en la posibilidad de la exigencia de una responsa-

bilidad vinculada al régimen de responsabilidad contractual y sobre la base de la presencia de una indemnización de daños y perjuicios en función de la existencia de vicios internos, si bien requeriría el conocimiento de los mismos por el franquiciado (arts. 1101 y 1486 Cc).

C) La franquicia y el consumidor en el marco normativo de la defensa del mercado

El marco que regula la defensa del modelo de mercado y su comportamiento dentro del mismo no es ajeno a la exigencia de amparo del interés de los consumidores, tal y como sus preceptos ponen expresamente de relieve de forma continua. La simple consideración de un régimen regulador de la competencia que está destinado a los empresarios y sus relaciones queda así desplazado por el más amplio objetivo de proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y entre los que el consumidor adquiere un papel relevante.

Es cierto que el régimen de *defensa de la competencia* (LDC) tiende al amparo inmediato del interés público en lo que supone de garantía del orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado (Exp. Mot.). Es por ello que el tratamiento de los acuerdos y prácticas restrictivas y abusivas que en él se hace persigue sancionar conductas que bajo esa calificación puedan atentar contra el modelo constitucional del mercado (Cap. Primero del Título primero), y a ese fin se encomienda su defensa a órganos administrativos en cuanto legitimados para la defensa de los intereses públicos, aunque tenga consecuencias también en el ámbito de las relaciones estrictamente contractuales.

Esta regulación sectorial del mercado, hecha desde el ángulo de la defensa del interés público en la preservación del modelo constitucional económico, incide en el contrato de franquicia en cuanto que es frecuente la existencia de pactos en los mismos que puedan considerarse prohibidos o, incluso, manifestación de un comportamiento relevante de la existencia de abuso de posición de dominio. Este aspecto tuvo su tratamiento sistemático en el análisis del régimen jurídico del contrato de franquicia en el marco de la competencia en el que si bien la justificación esencial de su contemplación no radica, solo, en la importancia de la conexión existente con los consumidores, sí que éstos, tal y como se vio, eran un elemento determinante para autorizar determinados supuestos de acuerdos de franquicia que, de no serlo, estarían prohibidos, pero que justifican su exención por categorías en razón de las ventajas que proporcionan al mercado y a los consumidores.

La presencia de los consumidores en relación con la franquicia no sólo puede contemplarse desde el ángulo citado de una protección indirecta de los mismos en el marco de la existencia de una exoneración de prohibición de determi-

nados acuerdos contemplados por aquella, sino también en el hecho de que su presencia es admisible en relación con una posible iniciación del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas y autorizadas si se considera con interés legítimo para ello (art. 36 LDC).

El entendimiento de la *competencia desleal* como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y cuya prohibición tiene por objeto la protección en interés de todos los que participan en el mercado, tiene como uno de los elementos centrales de su amparo a los consumidores. Esta protección se manifiesta tanto a través de la presencia de supuestos concretos en los que la tutela del consumidor es protegida indirectamente (por ejemplo, con actos de confusión o engaño —arts. 6 y 7—) o, incluso de forma expresa (por ejemplo actos desleales en entrega de objetos —art. 8—, actos de imitación —art. 11—), como en el hecho de su legitimación para el ejercicio de acciones, que se admite no sólo con el mismo carácter que tiene cualquier persona para defenderse de un perjuicio real o potencial de sus intereses, sino específicamente a través de sus asociaciones cuando «el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores» (art. 19.2, b LDC). No es extraño que el contrato de franquicia genere, por su propia estructura de red, la presencia de actuaciones de sus miembros que desencadenan comportamientos contrarios a la buena fe objetiva, lesionando el interés del consumidor y dificultando su defensa en razón de apariencias no siempre conformes con la verdadera posición de las partes y la real situación de la franquicia.

Por la relevancia que tiene en el amparo del interés general del mercado, merece la pena finalmente hacer una pequeña referencia a la posible defensa del mismo que los consumidores pueden realizar en torno al régimen de las **condiciones generales**. Si bien es cierto que la mayor relevancia del régimen de las condiciones generales se refleja en la incidencia que tiene con respecto al contenido del contrato y su eficacia entre las partes, es también verdad el que el legislador ha tenido constantemente presente el amparo del interés general del mercado en la Ley 7/1988 sobre condiciones generales de la contratación. Una de esas manifestaciones se refleja en la presencia expresa de los consumidores como legitimados activos en el ejercicio de acciones colectivas (cesación; retractación y declarativa) a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como con la presencia del Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las CCAA y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores (art. 16.3.4). Por esta vía el interés del consumidor puede interferir en la predisposición del contenido del contrato de franquicia y en la conducta que el franquiciador ha de desenvolver, a pesar de considerarse un interés ajeno tanto al propio interés individual del empresario principal en el ejercicio de su actividad de franquicia como al de los franquiciados.

Bibliografía

- AEF, *Franquicias* 2003. *Libro Oficial de la Asociación Española de Franquiciadores*, Madrid, 2003.
- ALBÁCAR LÓPEZ, «Problemática de los pactos en exclusiva», *La Ley*, 4047, 1996, pp. 16 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.
- BARBADILLO ASOCIADOS (2002): *Guía de Franquicias de España*, 2002. Barbadillo Asociados, Madrid, 2002.
- BARROSO, R., «Franquicias. Un sólido sistema para la expansión de una marca», *Distribución y Consumo*, n.º 45, 1999, pp. 60 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, Elcano, Navarra, 2001.
- BERMÚDEZ, G., *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, Madrid, 2002.
- BESCOS TORRES, M., *Franquicia internacional: la opción empresarial de los años noventa*, Madrid, 1989.
- BOTANA AGRA, M., «El contrato de agencia en el Derecho español», *RDN*, 3, 1993, pp. 1 y ss.
- CANO RICO, J., *Manual práctico de contratación mercantil*, Madrid, 1999.
- CARDELIÚS i GASSIOT, L., *El contrato de franchising*, Barcelona, 1988.
- CASA, F. y CASABÓ, M., *La franquicia (franchising)*, Barcelona, 1989.
- CASARES, J. y REBOLLO, A., *Distribución Comercial*, 2.ª ed., Madrid, 2000.
- CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, 2 vols., Barcelona, 1994-1995.
— *Los contratos mercantiles*, Barcelona, 2001.
- DAVARA, A., «Franquicia, segunda generación», *Distribución Actualidad*, n.º 267, 1999, pp. 27 y ss.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.), *Contratos mercantiles*, Barcelona, 2001.
- DE LA VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Madrid, 1998.
- DÍEZ DE CASTRO, E. y GALÁN, J. L., *Práctica de la franquicia*, Madrid, 1999.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *RDM*, 177, 1985, pp. 419 y ss.
- «El contrato de franquicia», en *Contratos Mercantiles* (dir. Bercovitz), Elcano, Navarra, 2001.
- ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, 1995.
- FLECHOSO, J., *El libro de las franquicias*, Madrid, 1998.

- FONT RIBAS, A., *Mercado común y distribución*, Barcelona, 1987.
- GALÁN CORONA, E., «Los contratos de franchising ante el Derecho comunitario», *RIE*, 13, 1986, pp. 687 y ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, Madrid, 1991.
- GAMIR, A. y MÉNDEZ, R., *Las cadenas de franquicias en España: estrategias empresariales y organización espacial*. Documento de Trabajo 2/98, Servilab, Laboratorio de Investigación del Sector Servicios, Madrid, 1998.
- GARCÍA CORTÉS, J. C., «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 se crea el registro de franquiciadores», *CDC*, 1998, 27, pp. 263 y ss.
- GARCÍA FERRER, G., «La franquicia: el desarrollo del comercio especializado», *Studia Carande*, 1998, 2, pp. 255 y ss.
- GARCÍA GIL, F. J. y GARCÍA GIL, J. L., *Los contratos mercantiles y su jurisprudencia*, Pamplona, 1993.
- GARRIDO, J. M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995.
- GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional: intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint venture, agrupaciones*, Barcelona, 1998.
- HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000.
- IGLESIAS PRADA, J. L., «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», en *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 251 y ss.
- LÁZARO LÓPEZ, «El contrato de franchising», *BICAM*, 3, 1981, pp. 19 y ss.
- LLOBREGAT HURTADO, M. L., *El contrato de agencia mercantil*, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, M. B., «Grupos estratégicos en las franquicias españolas: características básicas», *Economía Industrial*, 2001, 340, pp. 163 y ss.
- MARTÍN TRILLA y ECHARRI ARDANAZ, *La franquicia: aplicación práctica y jurídica*, Elcano, 2000.
- MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1995.
- «El contrato de franquicia», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, Elcano, 2001, pp. y ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Santiago de Compostela, 2000.
- MÉNDEZ PINEDO, *La protección de consumidores en la Unión Europea*, Madrid, 1999.
- MERCADAL, *El contrato de agencia mercantil*, Zaragoza, 1998.
- MONTEAGUDO MONEDERO, M., *La remuneración del agente*, Madrid, 1997.
- MONTEAGUDO y PALAU, *Comentarios a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, 2000.
- MORALEJO MENÉNDEZ, «Caracterización del contrato de concesión con exclusiva. Resolución del contrato por incumplimiento», *RDP*, 1997, pp. 138 y ss.
- MOXICA ROMÁN, *La Ley del contrato de agencia*, 3.ª ed., Madrid, 2001.
- ORTIZ ZARATE, A., *Manual de franquicia*, Madrid, 1998.
- PARREÑO CASTRO, R., «El marco de la libre competencia. Exenciones por categorías de los acuerdos de franquicia», *Noticias UE*, 1999, 169, pp. 79 y ss.

- PAZ-ARES, J. C., «La terminación de los contratos de distribución», *RDM*, 223, 1997, pp. 7 y ss.
- «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», en VV.AA., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Duque Domínguez*, pp. 1.287 y ss.
- PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. (La comisión de garantía)*, Madrid, 1996.
- PÉREZ DÍAZ, «La extinción del contrato de concesión por denuncia unilateral del concedente y el derecho del concesionario a una indemnización por clientela», en VV.AA., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Duque Domínguez*, p. 1.305.
- POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990.
- PORFIRIO CARPIO, L., «La extinción del contrato de agencia», *RDM*, 210, 1993, pp. 1.243 y ss.
- PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil*, Madrid, 1976.
- RAGEL, «La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado», *ADC*, 1984, pp. 16 y ss.
- RIGOL GASSET, J., *La franquicia: una estrategia de expansión*, Barcelona, 1992.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el concepto de contrato de adhesión», *RDBB*, 56, 1994, pp. 1.057 y ss.
- RODRÍGUEZ LOSADA, J., «Ventajas e inconvenientes de la franquicia para el franquiciador, el franquiciado y el mercado», *Distribución y Consumo*, n.º 43, 1998, pp. 149 y ss.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de licencia de marca*, Madrid, 1999.
- RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa del consumidor*, Valladolid, 1993.
- RUIZ PERIS, I., *El contrato de franquicia y las nuevas formas de defensa de la competencia*, Madrid, 1991.
- «Comentario al artículo 62», en BELTRÁN y PIÑAR (dirs.), *Comentario a la Ley del Comercio Minorista*, Madrid, 1997.
- *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Elcano, 2000.
- *Código de la franquicia*, Valencia, 2001.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *La normativa del contrato de agencia mercantil*, Madrid, 1985.
- SÁNCHEZ PRESEDO, A., «La distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los acuerdos de franquicia», *DN*, 1997, 80, pp. 31 y ss.
- SOLER MASOTA, «Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia», *RGD*, 608, 1995, pp. 5.313 y ss.
- SORIA FERRANDO, *El agente de comercio*, Valencia, 1996.
- TORMO & ASOCIADOS (página web www.tormo.com)
- *Guía de Franquicias*, 2002, Madrid, 2002.
- VALENZUELA GARACH, «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/92, de 27 de mayo», en *Estudios en homenaje a M. Broseta*, cit., pp. 3.805 y ss.
- «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral», *RDM*, 225, 1997, pp. 1.279 y ss.
- VÁZQUEZ, R. y TRESPALACIOS, J. A., *Distribución comercial: estrategias de fabricantes y distribuidores*, Madrid, 1997.

ISBN 84-86816-96-3



9 788486 816964

INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
Príncipe de Vergara, 54 28006 MADRID
www.consumo-inc.es