

3 Del incumplimiento recíproco en el contrato de franquicia: efectos y consecuencias. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª_] de 4 de junio de 2020

On the franchise mutual breach of contract: effects and consequences. Analysis of the Supreme Court judgement [1a_] June 4th 2020

MARÍA CRUZ MAYORGA TOLEDANO

Profesora Titular de Derecho mercantil. Universidad de Málaga

ISSN 0210-0797

Revista de Derecho Mercantil 320
Abril - Junio 2021

Sumario:

- I. Introducción
- II. Antecedentes del frustrado negocio de franquicia
- III. El fallo y el fundamento jurídico de la sentencia (RJ 2020, 1580)
- IV. Comentario
 1. Del contrato de franquicia en general
 2. La esencialidad del saber hacer y de la formación y asistencia al franquiciado
 3. La interacción entre los elementos esenciales del contrato con el canon de entrada
 4. La resolución por incumplimiento recíproco
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

RESUMEN: *El presente trabajo fija su atención en la resolución de un contrato de franquicia, aspecto sobre el que la sentencia analizada realiza una valoración, basándose en el estudio los elementos esenciales del citado contrato de distribución. De tal manera, que lo esencial en el presente caso no es tanto la resolución en sí misma, sino la modalidad que debe tenerse como válida y los efectos y consecuencias de la citada ruptura, en*

relación con los concretos incumplimientos y obligaciones de las partes. A este respecto, el examen detallado de una obligación del franquiciado -el canon de entrada- y de la posibilidad de su devolución tras la ruptura del contrato se postulan como los aspectos esenciales sobre los que se estructura la fundamentación del Tribunal Supremo.

ABSTRACT: *This paper focuses on the franchise breach of contract, a feature that the Supreme Court judgment appraises based on the essential elements of the mentioned distribution contract. Thus, in this case the key is not so much the contract breach as such, but rather its type and subsequent effects, according to the particular obligations and non-compliances of the parties. In this regard, a thorough analysis of one of the franchisee's obligations –the entrance fee– and the possibility of being refundable after the breach are conceived as the central aspects on which the Supreme Court arguments are grounded.*

PALABRAS CLAVE: *Franquicia - Canon de entrada - Incumplimiento recíproco - Resolución y efectos*

KEYWORDS: *Franchising - Entrance fee - Mutual breach - Termination and effects*

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la compleja estructura del contrato de franquicia son el principal objeto de este estudio. Dicha complejidad se manifiesta principalmente en la interrelación entre las diversas obligaciones de las partes, especialmente cuando se produce un incumplimiento y es preciso determinar los efectos del mismo, una vez declarado en la instancia judicial. La dificultad crece exponencialmente cuando el incumplimiento proviene de las dos partes, franquiciador y franquiciado y las citadas obligaciones tienen diversa naturaleza, pero se encuentran necesariamente interrelacionadas y conectadas. En este sentido, el trabajo tiene como punto de partida la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1a), de 4 de junio de 2020, (RJ 2020, 1580).

Las cuestiones que se deben valorar son pues variadas, por un lado, es preciso verificar el alcance de la resolución mutua, partiendo de la figura de la resolución por incumplimiento. En concreto, se debe analizar los efectos de la resolución, especialmente los retroactivos dependiendo de la naturaleza de cada prestación, ya sea de tracto único o de tracto sucesivo; pues ello cobra especial relevancia en el contrato de franquicia por cuanto existen obligaciones de ambas categorías.

En consecuencia, pues, se trata fundamentalmente de verificar la forma en que las obligaciones que se derivan del contrato para ambas partes se correlacionan y poder delimitar así los efectos del incumplimiento. Dentro de este cúmulo de obligaciones, presenta especial dificultad y llama nuestra atención la forma en cómo ha analizado el Tribunal Supremo el tratamiento de las prestaciones que se corresponden con el pago único del canon inicial por el franquiciado debido a que condicionan la liquidación contractual como consecuencia del citado incumplimiento recíproco. Así, la cuestión conlleva la necesidad de determinar si estas prestaciones que se prestan iniciales, únicas y no periódicas o continuadas, pueden considerarse como agotadas e irreversibles, y autónomas de las restantes prestaciones del contrato. A este respecto, el Tribunal Supremo valora y tiene en cuenta el impacto que tienen las diferentes prestaciones en el conjunto del contrato, partiendo del presupuesto de que no pueden ser analizadas exclusivamente de forma independiente y autónoma.

II. ANTECEDENTES DEL FRUSTRADO NEGOCIO DE FRANQUICIA

El origen de la cuestión tiene lugar en la suscripción de un contrato de franquicia entre Global Nagampra, SLU, en condición de franquiciador, y Davarsa, SL como franquiciado. El contrato, firmado el 4 de octubre de 2014 tenía como finalidad la explotación comercial en régimen de franquicia de un Centro Electro Body-Center durante un período de siete años.

El contenido del contrato detallaba las obligaciones pecuniarias del franquiciado que incluía dos conceptos retributivos: un canon de pago único o canon de entrada, en retribución del otorgamiento de la franquicia (por importe de 29700 euros más IVA) y el canon de pago mensual de unos royalties. El primero de los conceptos retributivos o canon de entrada, tal y como quedaba concretado en el contrato, se hacía como contraprestación de la integración en la red de franquicia y de la puesta en marcha del negocio, es decir se le entregan todos los

elementos materiales e inmateriales necesarios para la explotación del negocio objeto de franquicia: un servicio basado en un sistema “electro.body.center”. En este sentido, se entrega al franquiciado por parte del franquiciador, elementos tales como el manual de la franquicia, la formación necesaria para la ejecución del negocio, junto con materiales y maquinaria para llevarlo a cabo: maquinaria y material fitness, productos diversos para la venta, mobiliario, identificadores corporativos, software informático y material publicitario.

A causa de las continuas y reiteradas averías del sistema de cableado del equipo y de la deficiente asistencia técnica para solventarlas, su falta de eficacia, la marcha del negocio se vio resentida severamente, reduciéndose el volumen de negocio de forma notable. Esta circunstancia, determinó el franquiciado incumpliera su obligación del pago de los cánones mensuales (diciembre de 2015 y enero, febrero y marzo de 2016) y cerrara unilateralmente el centro donde explotaba la franquicia. No obstante, procedió a la apertura de un negocio similar en el local. En abril de 2016, el franquiciado dirige una misiva al franquiciador imputándole una relación de incumplimientos.

En esta tesitura, el 5 de mayo de 2016, el franquiciador interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, por la que insta la declaración de nulidad y subsidiariamente la resolución del contrato de franquicia y los efectos propios de la resolución contractual junto con la condena al pago de diversas cantidades en concepto de deuda vencida, líquida y exigible de cánones periódicos impagados, lucro cesante por terminación anticipada del contrato y apertura de un negocio similar en el local y por daños y perjuicios.

Trasladada la demanda al franquiciado, además de oponerse a la misma, solicitando su desestimación, instó una demanda reconventional cuyas pretensiones incluían la nulidad o anulabilidad del contrato de franquicia y subsidiariamente la resolución del contrato por graves incumplimientos de la franquiciadora de su deber de asistencia técnica y el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado, en sentencia de 6 de febrero de 2017 estima parcialmente tanto la demanda como la reconversión opuesta, declarando resuelto el contrato por incumplimiento de la franquiciadora, con la condena a ésta al pago de una cantidad de dinero por indemnización por daños y perjuicios a la franquiciada, debiendo proceder a la devolución a la franquiciada de parte del canon de entrada proporcional al tiempo restante de duración del contrato inicialmente previsto en la fecha de resolución. Por otro lado, se condena igualmente a la franquiciada a pagar una cantidad en concepto de deuda vencida, líquida y exigible por los royalties impagados (mas recargo contractual e intereses de demora) y una indemnización por daños y perjuicios por la apertura en el local en que se ubicó el negocio objeto de franquicia, de un negocio de características similares al anterior, mediante el traspaso encubierto del negocio a terceros relacionados con la demandada, con aprovechamiento ilícito y ánimo de lucro del sistema de franquicia exclusiva del negocio.

Planteada por parte de la franquiciadora la segunda instancia ante la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.ª), fundamenta su recurso en la falta de acreditación de incumplimientos graves por su parte conforme al artículo 1124 del Código Civil, habida cuenta que respecto de la prestación de servicios técnicos a la franquiciada: tiene un carácter secundario o accesorio y que no consta en el contrato ni la prestación de este servicios 24 horas, ni frecuencia concreta de visitas por servicio técnico, ni siquiera penalizaciones por falta o deficiencia de servicio técnico. Por otro lado, respecto de la condena a devolver el canon de entrada a la franquicia, sostiene el franquiciador que se trata de una prestación de tracto único, lo que no justifica modulación alguna una vez producida la ruptura entre las partes. Además, debe entenderse, según el parecer del apelante, como una contraprestación por el acceso a la red del franquiciador, con el consecuente despliegue de formación y suministros de medios personales y materiales para el desarrollo de la actividad.

En sentencia de 24 de julio de 2017, (JUR 2018, 40778), la Audiencia Provincial resuelve estimando en parte el recurso, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, en referencia al pronunciamiento declarativo de resolución del contrato por incumplimiento de la franquiciadora, acordando resuelto el contrato por incumplimientos recíprocos de ambas partes del contrato, manteniéndose por otro lado, el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida. A este respecto, el órgano judicial declara que la obligación de prestar asistencia técnica se constituye en una obligación legal conforme al artículo 2 c) del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero (RCL 2010, 725) , por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, y, además, considera acreditados los incumplimientos del franquiciador respecto del servicio técnico, teniendo en cuenta que la falta de adecuada asistencia técnica fue el factor fundamental que conllevó a la frustración del fin del contrato. Por otro lado, entiende que el impago por parte del franquiciado de los cánones periódicos constituye un incumplimiento que tampoco puede fundamentar el recurso al citado artículo 1124 del Código Civil. Así pues, para la Audiencia se trata de una conducta incumplidora de ambas partes, conformándose como una extinción que, aunque no es similar a la derivada del mutuo disenso, muestra efectos

equivalentes. De esta manera, el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución, circunstancia que imposibilita la concesión de daños y perjuicios.

Respecto del canon de entrada, pese a ser una prestación de tracto único, la Audiencia considera que el pago del citado canon no corresponde a una prestación agotada, partiendo de la premisa o principio bajo el que la retroacción de prestaciones o efecto restitutorio afecta a las prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas de la otra mientras estuvo vigente el contrato. En consecuencia, resulta posible la retroacción de efectos respecto al mismo en la parte proporcional a la duración del contrato que quedó frustrada, debiendo el franquiciador devolver junto con dicha cantidad el IVA correspondiente devengado.

III. EL FALLO Y EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA (RJ 2020, 1580)

Centra precisamente, el motivo único del recurso ante el Tribunal Supremo la cuestión de la obligación de retornar una parte proporcional del canon de entrada y el IVA al franquiciado. Así el franquiciador focaliza su pretensión en la idea de que la sentencia de la Audiencia vulnera el principio de no retroactividad de los efectos resolutorios del contrato cuando este se refiere a obligaciones duraderas que se encontraban consumadas total o parcialmente. De esta manera, el apelante sostiene que el pago del canon de entrada, en retribución por el otorgamiento de la franquicia es una prestación de tracto único que se encuentra perfeccionada, consumada y agotada en el momento de la firma del contrato; teniendo en cuenta que se trata de una contraprestación pecuniaria que permite la entrada en la red de distribución y remunera elementos básicos: los costes derivados de la ejecución de obligaciones iniciales que asumió con carácter previo a la correcta ejecución del contrato y la formación inicial del franquiciado. No correspondiendo a un pago adelantado por la cesión de derechos propia del contrato de franquicia.

Por otro lado, respecto del IVA se debe tener en cuenta que el franquiciado, conforme a la normativa que rige el tributo, procedió a repercutir y cobrar a sus clientes y que en la declaración correspondiente del tributo realizó la compensación entre el IVA soportado y repercutido. En consecuencia, no le corresponde en todo caso al franquiciador devolver las cantidades correspondientes a ese tributo, ya que eso originaría un enriquecimiento injusto del franquiciado.

El fallo del Tribunal Supremo resulta confirmatorio de la sentencia de la Audiencia Provincial en lo referente a la devolución de parte del canon de entrada, pero resuelve a favor del apelante respecto de la obligación de devolver también parte del IVA. Para abordar la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo procede a estructurar su razonamiento jurídico en dos partes. De esta manera, se centra en primer lugar en el propio contrato de franquicia, analizando la naturaleza compleja de la relación jurídica negocial del citado contrato (Fundamento Tercero); para luego, ponerlo en relación con el análisis de la resolución y los efectos que se desprenden a consecuencia de la misma y que son aplicables al contrato (Fundamento Cuarto).

En lo referente al análisis del contrato de franquicia, el Tribunal Supremo concluye que, de la lectura de la normativa vigente¹⁾ y la Jurisprudencia²⁾ al respecto, el citado contrato, aunque regulado muy parcialmente, tiene como contenido esencial a cambio de una contraprestación económica: el derecho de explotación de una franquicia sobre un negocio mercantil, con el objeto de comercializar determinados productos o servicios que comprende necesariamente el uso de derechos de propiedad intelectual y/o industrial, una imagen corporativa de los establecimientos, la puesta en conocimiento del franquiciado de los métodos y técnicas (saber hacer) que conforman el sistema de franquicia (propios, sustanciales y singulares) y la continua asistencia técnica y comercial del franquiciador al franquiciado para que este último pueda explotar plenamente el negocio conforme a lo expresado en el contrato.

Señalados los elementos esenciales del contrato de franquicia, el tribunal considera que la transmisión del saber hacer es una prestación que debe realizarse al inicio del contrato, cuya finalidad se satisface plenamente con su ejecución inicial, conformándose pues como una prestación de tracto único. Por el contrario, el resto de las obligaciones del franquiciador se entienden como prestaciones de tracto sucesivo o continuado cuya ejecución se debe realizar durante toda la vigencia del contrato. Sin embargo, el Tribunal Supremo matiza que todas las obligaciones del franquiciador, ya sean de tracto único o sucesivo, se encuentran integradas de tal manera que no pueden desvincularse o escindirse sin afectar a la causa del contrato, ya que la esencia de este contrato se basa precisamente en la cesión de un derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

Con esta afirmación el tribunal se adentra en el análisis de la resolución del contrato y sus efectos. De esta manera, se muestra de acuerdo con la sentencia recurrida por las siguientes razones: por entender que en la resolución de

contratos con obligaciones recíprocas el criterio determinante es el objetivo, esto es la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes³). En segundo lugar, habida cuenta de la concurrencia de incumplimientos esenciales por ambas partes y la común voluntad resolutoria, también comparte con la Audiencia Provincial que este incumplimiento recíproco debe equipararse en cuanto a sus efectos a mutuo disenso y, que a su vez, procede la aplicación a estos supuestos de los efectos derivados de la resolución por incumplimiento de una de las partes, que avala la doctrina jurisprudencial sobre los efectos retroactivos de la resolución y sus limitaciones para los contratos de tracto sucesivo.

Concluye de esta manera, que no resulta aplicable a dicho canon la doctrina de sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc*, característica de los contratos de tracto sucesivo. Tiene en cuenta la Sala que el contrato de franquicia no es un contrato puro de contrato de tracto sucesivo sino mixto, que integra prestaciones continuadas en el tiempo, con otras prestaciones de carácter sucesivo realizadas durante toda la vida del contrato y, finalmente, otras de carácter esencial (entrega del saber hacer y formación del franquiciado) que deben ejecutarse al inicio del contrato. Dada la reciprocidad entre el canon de entrada y esas prestaciones de carácter esencial, la cuestión objeto de recurso se resuelve analizando si dicha prestación ha quedado agotada y es, por tanto, irreversible. En este sentido, el Tribunal Supremo declara que el saber hacer es un presupuesto necesario para que el franquiciado pueda ejercitar las facultades de explotación comercial del franquiciado, y aunque previa, no es autónoma y resulta interdependiente del resto de prestaciones del franquiciador; a este respecto, no se trata de una prestación susceptible de aprovechamiento independiente y separado del resto de las restantes prestaciones del contratos pasadas o futuras.

Respecto de la devolución del IVA correspondiente al canon de entrada, el Tribunal Supremo se separa de la argumentación de la Audiencia Provincial. Así resuelve la cuestión centrándose en el franquiciado, en tanto que al ser y actuar en su condición de sociedad mercantil no soporta finalmente el IVA, sino que puede deducirlo en su propia declaración del tributo. De tal manera que, conforme a la normativa que regula el impuesto, en caso de que fuera superior el IVA soportado que el repercutido, existe posibilidad de deducirlo en declaraciones posteriores durante un plazo de cuatro años.

IV. COMENTARIO

1. DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN GENERAL

La sentencia comentada adquiere especial relevancia por el hecho de tener la oportunidad de analizar el contrato de franquicia desde una óptica global que ayuda a percibirlo y apreciarlo en toda su dimensión. Ello es así, por cuanto se adentra en el estudio de cómo interactúan y se estructuran dentro del contrato las prestaciones que ambas partes se deben mutuamente y, con ello se profundiza en su comprensión, habida cuenta que es un contrato que cuenta con una parca regulación.

El contrato de franquicia, pese a que puede ser percibido, como otros muchos contratos complejos, como un simple mosaico de prestaciones, algunas de las cuales, podemos identificarlas en otros contratos básicos, es un contrato que tiene una identidad propia y autónoma, tal y como queda reflejado en las propias definiciones legales del contrato. Esto es así, por cuanto dichas prestaciones conforman una causa única que le confiere un estatus diferenciado del resto de contratos similares con los que comparte ciertos elementos obligacionales⁴). Es decir, a los efectos de obtener una visión completa de este contrato complejo, además de verificar la naturaleza de cada prestación, debemos analizarlo desde una perspectiva que nos permita identificar como el citado componente obligacional se desenvuelve durante la vida del contrato., pero que en su conjunto forman una causa única que no es sino la reproducción de un modelo de empresa eficiente y con éxito. Está por tanto organizado para la distribución de servicios de acuerdo con técnicas y conocimientos desarrollados por el franquiciador.

La sentencia comentada plantea dos cuestiones muy interesantes respecto de este contrato: el incumplimiento de las diferentes prestaciones (la de asistencia técnica por el franquiciador y las de pago por el franquiciado) y por otro lado, la relativa a correspondencia entre las obligaciones del franquiciador con el canon de entrada y cómo opera la resolución del contrato en relación con el mismo. Así pues, debemos partir de la caracterización del contrato de franquicia para poder valorar las cuestiones planteadas.

La franquicia comercial se debe entender y se presenta para el empresario que quiere colocar sus productos o servicios en el mercado como una alternativa a la explotación directa de dicha actividad o negocio mercantil, valiéndose así de otros operadores económicos que como titulares de su propia actividad empresarial actúan por cuenta propia. Es decir, como una forma de expansión o extensión de la red comercial. En consecuencia, el contrato

de franquicia se conforma como una técnica de colaboración empresarial y de distribución integrada, por cuanto el objeto o finalidad del franquiciador es crear una red de distribución (que puede incluso combinar con una distribución directa)⁵).

En este sentido, dentro de las posibles formas de creación de una red de distribución en colaboración con empresarios independientes, se produce con la franquicia un nivel más elevado de integración que en otros contratos de distribución, por cuanto se produce una identificación total de la imagen y los bienes o servicios entre franquiciado y franquiciador como si se tratara de una prestación directa por el franquiciador. Se afirma acertadamente por este motivo, que se trata del paradigma de la distribución integrada⁶). Esa integración obedece precisamente a la racionalidad económica en la que se fundamenta esta figura contractual es realizar una expansión y crecimiento de la empresa franquiciadora⁷). De esta manera, estamos ante un sistema eficiente de colaboración empresarial en el que los distintos contratantes, en cuanto aportantes de factores de producción, se benefician de las sinergias de las economías de escala respecto de aquellos elementos cuya concentración lo permita. Así, se ha descrito como un acuerdo que “ordena las relaciones entre los distintos factores de producción”⁸).

En definitiva, desde un punto de vista de estrategia comercial, la franquicia es un modelo por el que un empresario expandir su empresa y abrir mercados nuevos mediante la creación de una red de empresas independientes que les permite compartir signos distintivos, desarrollar métodos de negocios eficientes y establecer un sistema sólido de distribución y marketing.

El marco jurídico básico del contrato de franquicia parte pues de que se trata de un contrato atípico, complejo, de distribución y de colaboración empresarial. Pese a ser un contrato carente de regulación específica, sí encuentra una definición legal en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio minorista (artículo 62). Esta regulación se encuentra completada por el RD 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Sin embargo, respecto del contenido del contrato, categorizado dentro de los llamados contratos de distribución, ha tenido varios proyectos de regulación destacables: el abandonado Proyecto de Ley de Contratos de Distribución⁹) y la propuesta de Código Mercantil de 2013, convertido posteriormente en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, que finalmente excluyó los contratos de distribución de su articulado.

De las definiciones legales extraemos que es aquel contrato por el que un empresario –franquiciador–, a cambio de una contraprestación económica, cede a otro empresario –franquiciado– el uso de su modelo de empresa, experimentado previamente con éxito, para integrarlo en su red y colaborar conjuntamente en la distribución de los productos o servicios que conforman la actividad de la red. En consecuencia, el objeto del contrato es, por tanto, la cesión de un paquete de bienes materiales e inmateriales organizados que reproducen el modelo empresarial del franquiciador¹⁰).

Evidentemente el modelo de empresa en tanto conjunto de bienes organizados para desarrollar una actividad productiva, objeto del contrato de franquicia y como tal, puede asignársele la naturaleza de bien jurídico susceptible de valoración económica y apto para ser objeto de negocios jurídicos. Los componentes esenciales de ese paquete son: 1) elementos que configuran la imagen de la red y otros materiales y derechos de propiedad intelectual e industrial, 2) el *Know-how*, como conjunto de conocimientos prácticos y experimentados por el franquiciador, sometidos a constante actualización que deben ser secretos, sustanciales e identificados, 3) Derivado de la transmisión del *Know-how*, la formación, asistencia y control del franquiciado y su personal en el modelo y en las constantes adaptaciones que el franquiciador debe hacer del mismo para adecuarlo a los cambios del mercado.

2. LA ESENCIALIDAD DEL SABER HACER Y DE LA FORMACIÓN Y ASISTENCIA AL FRANQUICIADO

A los efectos del análisis de la sentencia objeto de este comentario, focalizaremos la cuestión en el estudio del saber hacer y la formación y asistencia del franquiciado. El saber hacer, en tanto conjunto específico de conocimientos técnicos reservados, necesarios para reproducir el negocio diseñado por el franquiciador, se presenta como el elemento vertebrador del contrato de franquicia¹¹) y que precisa del resto de elementos esenciales anteriormente descritos¹²). De esta manera, una vez diseñado y experimentado el modelo de negocio necesita a la par que se cede ese cuerpo de métodos y procesos (el “Manual de la franquicia”) y, para poder hacerlo efectivo, se debe asimismo transmitir una serie de elementos materiales e inmateriales que proporcionan la imagen de la red de distribución¹³) y formar al franquiciado en dichas técnicas para aplicar de forma correcta ese modelo de negocio y darle asistencia técnica continuada¹⁴).

El saber hacer reúne así una serie de características que impregnan y condicionan el contenido y ejecución del contrato. Por un lado, se trata de conocimientos prácticos y experimentados, es decir que es un modelo de negocio que se ha probado en el mercado, teniendo como resultado unas cifras que de un nivel de éxito necesario y suficiente para que sea objeto de reproducción en las mismas condiciones. Sin embargo, recordemos que la cesión de ese modelo de empresa no garantiza el éxito *per se*, pues se trata de una obligación de medios y no de resultado.

El Reglamento (UE) 330/2010, (LCEur 2010, 495)15), señala como características principales de este elemento que sea sustancial, secreto y determinado16). El carácter de secreto no implica desconocimiento absoluto por parte del público de todos los elementos individuales que lo componen, éstos pueden ser conocidos. Lo que realmente es secreto y que, por tanto, comporta originalidad es la particular unión de todos ellos. La condición de sustancial hace alusión a una serie de conocimientos técnicos que incluyan información necesaria para la comercialización de los bienes o servicios objeto de la franquicia; es decir, que el franquiciado, al recibirlos, mejore su posición competitiva en el mercado, al incrementar su rendimiento o que le ayude a entrar en un nuevo mercado.

Por último, su carácter de determinado o descripción suficientemente completa para permitir verificar si cumple las características anteriores debe ser, además, constantemente renovado, aunque se ofrezca al principio del contrato. Se debe tener presente que el saber hacer no tiene una naturaleza estática, es decir no se agota con la transmisión de un sistema original, sino que tal como demuestra la práctica empresarial global, la subsistencia del negocio depende de su continua adaptación a un mercado cambiante. Por tanto, se trata un elemento que integra cierto dinamismo y eso significa que ha de haber un continuo desplazamiento del mismo y la necesidad de constante actualización del sistema se justifica en virtud de la naturaleza propia del contrato, en tanto que contrato de duración. Obviamente, de todo lo anterior se debe extraer como rasgo último de este elemento su utilidad, lo que se deriva de que sea una fórmula de éxito experimentada.

A este respecto, todo lo anterior explica y justifica el carácter estratégico de este componente esencial. Dado que se trata de un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, su carácter secreto resulte fundamental, en tanto que su pública difusión permitiría que fuera accesible a cualquier agente del mercado sin coste alguna y ello afectaría al valor del mismo. En este orden, la cesión del saber hacer es temporal, mientras esté vigente el contrato, el deber de secreto no tiene límite temporal alguno. Esta condición del saber hacer explica que sea habitual incluir en estos contratos cláusulas restrictivas que limitan o condicionan la libre disponibilidad por parte de la franquiciada, y las relativas a la de la competencia. Es decir, el franquiciado, debe cesar en su uso una vez extinguido el contrato, pues de lo contrario sería un aprovechamiento indebido del mismo. Lo normal es que se introduzca la prohibición expresa en el contrato como cláusula penal y que se extienda por un período de tiempo tras la extinción del contrato. Así, recordemos que como aconteció en el supuesto que comentamos, se condenó a la franquiciada a abonar la cantidad de 20.000 € por la apertura en el local en que estaba situado el centro franquiciado de un negocio de características similares al anterior, mediante traspaso encubierto de negocio a terceros relacionado con la franquiciada, con aprovechamiento ilícito y ánimo de lucro del protocolo de franquicia exclusiva del negocio.

Por otro lado, como adelantamos anteriormente, para reproducir en las condiciones diseñadas ese modelo de negocio, resulta imprescindible instruir con exactitud y asistir a la franquiciada y a su personal en una correcta aplicación del mismo17). De lo contrario, sería imposible llevar a cabo la explotación del negocio acorde con tales técnicas pues el personal no podría llevarlo a la práctica con precisión18). A este respecto, el franquiciador deberá desplegar una actividad diligente que, como es lógico, aspira o va encaminada a alcanzar un fin, pero éste no forma parte del contenido de la prestación, es decir, no es exigible por el franquiciado. Es decir, se trata de una obligación de medios y no de resultado, pues el franquiciador se compromete a poner todos los medios para que el franquiciado aplique correctamente las peculiares técnicas transmitidas, experimentadas con éxito por el franquiciado, pero del contrato no se deriva la obligación de asegurar el éxito del franquiciado.

En consecuencia, la responsabilidad contractual del franquiciador no se derivaría de un mal resultado económico del franquiciado, sino de la asistencia no prestada (SAP Málaga núm. 871/2005, de 21 noviembre, (JUR 2006, 143254) y SAP Madrid núm. 170/2005, de 15 abril, (JUR 2005, 106226), o prestada de forma deficiente. Así, la SAP Málaga núm. 552/2013 de 3 octubre, (AC 2013, 2115), estima como insuficientes las visitas y asistencias del franquiciador al franquiciado, entendiéndose que, en todo caso, recae sobre el franquiciador la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones como señala la STS núm. 164/1997 de 4 marzo, (RJ 1997, 1642). No es una obligación que exija un resultado concreto sino sólo un comportamiento diligente en el sentido del artículo 1104 del CC (STS 18/7/1997, SAP Barcelona núm. 193/2005, de 29 marzo, (AC 2005, 854), SAP Madrid núm. 618/2007, de 6 noviembre, (AC 2008, 81).

3. LA INTERACCIÓN ENTRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO CON EL CANON DE ENTRADA

Si atendemos a las obligaciones del contrato de franquicia desde la posición del franquiciado, las de carácter pecuniario suelen comprender el pago de un canon de entrada y los de carácter periódico. Resulta esencial determinar la naturaleza del canon de entrada para resolver las cuestiones planteadas en la sentencia. Lo cierto es que en la práctica existe cierta variabilidad en cuanto a cómo atribuir y distribuir el contenido de conceptos retributivos entre el canon inicial y los periódicos.

De esta manera, se plantea qué retribuye el canon de entrada, teniendo en cuenta que suele ser un pago de una cantidad única que se entrega al principio del contrato. Es preciso pues, determinar contractualmente el fundamento del canon de entrada y aclarar qué tipo de prestaciones se satisfacen con este canon (instantáneas o continuadas) para analizar posteriormente si la terminación anticipada de un contrato de duración determinada, teniendo en cuenta que no resulta indiferente la forma en que se justifique, genera el derecho a la devolución de una parte proporcional de su cuantía.

Precisamente, en su justificación y cuantía suelen intervenir variables como la actividad, inversiones necesarias, extensión y potencialidad del territorio contractual y el valor del modelo de negocio, en función del éxito contrastado del mismo en el mercado. Como su nombre indica, el canon de entrada tiene ocasión o nace como consecuencia de la integración en la red de distribución del franquiciador, lo que se produce cuando se le hace entrega de todos los elementos precisos para iniciar y reproducir el modelo de negocio objeto de la franquicia¹⁹); es decir su función básica consiste en retribuir al franquiciador, por el acceso a la red y las obligaciones que asume en el franquiciador con carácter previo a la correcta ejecución del contrato estipulado. De esta manera, el resto de prestaciones de carácter duradero y continuado se retribuirían con los cánones periódicos.

En este sentido, se debe atender detenidamente a cómo se estipula en el contrato para determinar definitivamente su contenido y correspondencia con las diversas obligaciones del franquiciador²⁰). De esta manera, para analizar esta concreta prestación, se ha de tener en cuenta que los elementos esenciales que conforman la franquicia son obligaciones genéricas que deben adaptarse a la concreta relación contractual, no hay una única forma de construir la contraprestación pecuniaria debida por el franquiciado, por cuanto se pueden incluir otros conceptos en el canon de entrada que modifican su naturaleza.

Partiendo de lo anterior, la práctica comercial habitual implica que, en un gran parte de los contratos de franquicia, el canon de entrada tiene una composición mixta que incluye tanto la retribución de los gastos en los que ha incurrido el franquiciador para posibilitar la constitución de la relación contractual, y como contraprestación por la cesión de diferentes bienes materiales e inmateriales necesarios para poner en marcha la explotación del negocio, entre los que se incluyen el saber hacer y derechos de propiedad industrial, y la formación y asistencia continua por parte del franquiciador²¹).

No obstante, la estructura retributiva de este canon suele tener variaciones en la práctica comercial, introducidas en el contrato como condiciones específicas. Si como, hemos afirmado, la regla general es que se trata de una única cantidad pagada al inicio del contrato, también existen modalidades donde el canon de entrada y el canon de explotación retribuyen los mismos conceptos que tienen una vigencia y aplicación temporal diferente²²). En otras ocasiones, la devolución directa del canon de entrada se encuentra establecida en el propio contrato como una cláusula de garantía de recuperación²³).

4. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO

El tiempo en el contrato de franquicia adquiere una especial relevancia pues, en función de la misma, se fijan cuestiones tan importantes como la duración, algunas causas de extinción, las consecuencias indemnizatorias y las condiciones de liquidación de las obligaciones contractuales. En los contratos de duración determinada y, en concreto, los de franquicia el cumplimiento del plazo pactado es la única causa de extinción que aparece prevista expresamente en todos ellos²⁴). No obstante, se puede producir una extinción del contrato antes del plazo pactado por otras causas legítimas como puede ser el incumplimiento y el mutuo disenso entre otras²⁵).

El incumplimiento que activa la resolución del contrato tiene su fundamento en el artículo 1124 CC²⁶), que exige para su aplicación, entre otros requisitos, el de previo cumplimiento de la parte que insta la resolución²⁷). En caso de que se produzca una conducta incumplidora de ambas partes podremos encontrarnos ante un incumplimiento recíproco como presupuesto de la extinción del contrato. En este caso, si no resulta posible determinar cual es el

incumplimiento desencadenante del ejercicio de la facultad resolutoria²⁸), la consecuencia jurídica que se produce es que el recíproco incumplimiento se equipara, en cuanto los efectos, a una resolución por mutuo disenso²⁹).

En este punto, se precisa para que opere dicha asimilación entre el incumplimiento recíproco y el mutuo disenso, que conste inequívocamente la voluntad de ambas partes de desistir del contrato, que puede producirse de forma expresa o tácita, deducible de hechos inequívocos que afloren la intención de desligarse de las obligaciones por ellos contraídas y renunciando a exigir su efectividad y cumplimiento³⁰). Además, debe ser dicho desistimiento concurrente y concorde, sin necesidad que sea expresado en unidad de acto³¹).

Ante tal situación, procede la liquidación de las obligaciones contractuales con causa en la resolución del contrato³²). En este sentido, se generan efectos liberatorios del cumplimiento del contrato, además de los restitutorios³³). Respecto a los efectos restitutorios, es preciso distinguir entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. Para los primeros se aplica el principio de retroactividad (*ex tunc*), principio que no resulta aplicable a los contratos de ejecución continuada, donde la resolución sólo produciría efectos *ex nunc*³⁴). Es decir, no se extiende a las prestaciones que ya se han agotado o consumido, de tal manera que sólo afectará la liquidación a la situación existente en el momento de la liquidación misma, y por ello no afecta a prestaciones agotadas e irreversibles, dado que ello sería imposible de deshacer³⁵).

A este respecto, en relación con la resolución del contrato de franquicia, la cuestión principal afecta precisamente al canon de entrada y determinar cómo debemos entender tal prestación, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones se conceptúa como una prestación única ejecutada al principio del contrato. Nuestros tribunales mantienen una posición o valoración concreta del canon de entrada cuando incluyen conceptos que se disfrutaron durante toda la vida del contrato y distinguen entre las prestaciones agotadas al inicio del mismo y las que deben ser devueltas en caso de terminación anticipada, procediendo al prorrateo de la parte proporcional no agotada.

En este sentido, los tribunales han tenido en cuenta cómo el franquiciador ha concebido la naturaleza del canon de entrada, para determinar las consecuencias jurídicas las consecuencias jurídicas en casos de extinción anticipada. De tal forma que, si el canon de entrada responde exclusivamente a un derecho de entrada, queda amortizado con el perfecto cumplimiento de las prestaciones iniciales y por ello no debe generar derecho a devolución. Si, por el contrario, el franquiciador estipula en dicho canon que además responde como contraprestación de otros derechos y servicios cuya cesión y cumplimiento se va a prolongar durante la vigencia del contrato, se entiende que se trata de un pago adelantado por los mismos. De esta manera, con fundamento en los efectos *ex nunc* derivados de la resolución de contratos de tracto sucesivo, es preciso realizar un prorrateo de la cantidad pagada en función de la vigencia real y efectiva del contrato concreto, lo que supone la devolución de aquella parte no disfrutada y pagada. La STS núm. 357/2009, de 1 de junio, (RJ 2009, 3191) entiende que ha lugar a la devolución de una parte proporcional del canon de entrada correspondiente a asistencia técnica y comercial continuada que no fue prestada por la resolución del contrato; teniendo en cuenta que contractualmente quedó expresado que, con dicho canon, se retribuía una compensación al franquiciador por la puesta en marcha del negocio sino también como contraprestación por el saber hacer y “prestación continuada de asistencia técnica comercial”.

En este orden, se ha concebido al contrato de franquicia como contrato de tracto sucesivo, de ejecución continuada, no alcanzando los efectos de la resolución contractual a los que se han agotado y no permiten volver a la situación inicial, es decir se producen efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la extinción del contrato. A este respecto, la entrega del saber hacer al principio del contrato, comprendida como contraprestación del canon de entrada, se entendía como una prestación consumida con su entrega que no generaba derecho a devolución³⁶).

Asumido lo establecido por esta doctrina, la cuestión tiene una vuelta de tuerca más o matización posterior en cuanto a su interpretación para el contrato de franquicia. La sentencia comentada valora acertadamente el hecho de que existen contratos complejos como los de franquicia en los que la doctrina de la aplicación de los efectos *ex nunc* propios de los contratos de tracto sucesivo precisa de determinadas puntualizaciones. En concreto, no resulta plenamente aplicable esta doctrina por cuanto se trata de un contrato híbrido que conjuga prestaciones de diversa naturaleza, continuadas en el tiempo, de ejecución sucesiva y de ejecución al inicio del contrato. Así, prestaciones como la entrega del saber hacer y la formación, si bien son iniciales, únicas y no periódicas o continuadas, no pueden considerarse como agotadas e irreversibles, y autónomas de las restantes prestaciones del contrato. Ello es así, porque se consideran como presupuesto necesario para posibilitar las facultades de ejecución comercial del franquiciado. En este orden, como afirmamos anteriormente el saber hacer resulta esencial para la vida del contrato y no sólo carece de utilidad por sí misma una vez resuelto el contrato, sino que permanece la prohibición de usarlo más allá de la vigencia del contrato³⁷).

V. CONCLUSIONES

La relevancia de la sentencia comentada es destacable por cuanto implica un acercamiento más detallado y minucioso al contrato de franquicia. La reinterpretación de la doctrina sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc*, característica de los contratos de tracto sucesivo en relación con este contrato aporta una visión más certera del contrato.

En primer lugar, porque, como especifica el Alto Tribunal, debemos trasladarnos a la propia causa del contrato, en tanto que queda afectada irremediablemente si no procedemos con sutileza, a la hora de valorar el tipo de contrato que estamos examinando pues no es otra que la reproducción de un modelo de empresa eficiente y con éxito. Está, por tanto, el franquiciado en posición de realizar una explotación empresarial del negocio tal y como ha sido diseñado y organizado para la distribución de bienes o servicios, de acuerdo con técnicas y conocimientos desarrollados por el franquiciador.

Bajo esta perspectiva, el saber hacer y la formación del franquiciado son dos elementos esenciales que impregnan la ejecución misma del contrato, sin los cuales la franquicia carece de identidad en tanto que recordemos que se trata como hemos explicado de la cesión de un modelo de empresa. Así, se trata de un concreto compendio de conocimientos prácticos y experimentados, que son el núcleo de ese modelo de negocio que se ha probado en el mercado, teniendo como resultado unas cifras que de un nivel de éxito necesario y suficiente para que sea objeto de reproducción en las mismas condiciones.

En este sentido, tendremos una visión distorsionada del contrato de franquicia si entendemos que la mera entrega del saber hacer y la consiguiente formación del franquiciado al inicio del contrato es una contraprestación que queda completamente agotada y resulta autónoma e independiente del resto de elementos del contrato. Se trata de un elemento que aporta el aspecto esencial del modelo objeto de cesión, a los efectos de su reproducción por el franquiciado.

En segundo lugar, la práctica comercial evidencia que resulta habitual la composición plural del canon de entrada realizada por el franquiciador en el contrato conforme al principio de autonomía de la voluntad. En caso de que el saber hacer pueda conformar junto con otros elementos o derechos de ejecución continuada y sucesiva la correspondencia a dicha contraprestación, queda afectado por los efectos restitutorios de la resolución del contrato y puede generar derecho a devolución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Quién inventó las franquicias? La racionabilidad económica del *franchising*”. Almacén de Derecho, blog, 7 de octubre 2013, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2013/10/quien-invento-las-franquicias-la.html>.

ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7446)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 2011, edición electrónica.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Pamplona, 2020.

CASADO ROMÁN, J., “La resolución contractual en el derecho civil español”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.

CLEMEMENTE MEORO, M.E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009.

GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en AA.VV., (Herrero García, dir.) *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Valencia, 2017.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de master franquicia”, en AA.VV. (RUIZ PERIS y MARTÍ MIRAVALLS, dirs.), *Contratos de distribución*, Barcelona, 2018.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia”, en AA.VV. (VÁZQUEZ ALBERT, dir.), *Los contratos de*

distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales, Valencia, 2010.

MARTÍN ARESTI, P., “Algunas cuestiones en torno a los contratos de distribución comercial y los signos distintivos”, en AA.VV., (Herrero García, dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010.

MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *El contrato mercantil de franquicia*, 2.^a ed., Granada, 2007.

MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., “El contrato de franquicia en el comercio internacional, en AA.VV. (Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, dirs.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2013.

PALAZÓN GARRIDO, M.^a L., “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en AA.VV. (Sánchez Lorenzo, ed.) *Derecho contractual comparado*, vol. II, Pamplona, 2016.

PRIEGO QUESADA, A.A., “La resolución por incumplimiento del contrato de franquicia en la jurisprudencia española. Causas y efectos”, Tesis doctoral, 2018, <http://roderic.uv.es/handle/10550/67692>.

RUIZ PERIS, J.I., “El contrato de franquicia”, en AA.VV. (RUIZ PERIS y MARTÍ MIRAVALLS, dirs.), *Contratos de distribución*, Barcelona, 2018.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La frustración del contrato”, en AA.VV. (Sánchez Lorenzo, ed.) *Derecho contractual comparado*, vol. II, Pamplona, 2016.

VAQUERO PINTO, M.^a J., “La terminación de los contratos de distribución”, en AA.VV., (Herrero García, dir.) *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010.

VAQUERO PINTO, M.^aJ., “El contrato de franquicia”, en AA.VV., *Tratado de contratos*, (Bercovitz Rodríguez-Cano, dir.), 3.^a ed., Valencia, 2020.

1 Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero (RCL 2010, 725), por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, la Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554), de Ordenación del Comercio Minorista, y el Reglamento 2.790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre (LCEur 1999, 4030), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas., Reglamento comunitario que expiró en 2010 y fue sustituido por el Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

2 Las SSTS núm. 754/2005 de 21 octubre (RJ 2005, 8274), núm. 297/2007, de 16 de marzo (RJ 2007, 1854), núm. 164/1997 de 4 marzo. RJ 1997, 1642, de 27 septiembre 1996 (RJ 1996, 6646), núm. 385/1998 de 30 abril (RJ 1998, 3456), núm. 145/2009 de 9 marzo. RJ 2009, 1129 y la STJCE de 28 enero 1986 (TJCE 1986, 34).

3 SÁNCHEZ LORENZO, S., “La frustración del contrato”, en AA.VV. (Sánchez Lorenzo, ed.) *Derecho contractual comparado*, vol. II, Pamplona, 2016, p. 711, entiende que la frustración del contrato por imposibilidad económica, fruto de una circunstancia sobrevenida que altera el equilibrio económico del contrato de forma absoluta; es decir que produce una “disfunción absoluta de la economía del contrato que supera el *aleas* razonablemente exigible”.

4 Dicha causa única no es sino la reproducción de un modelo de empresa eficiente y con éxito. Está, por tanto, el franquiciado en posición de realizar una explotación empresarial del negocio tal y como ha sido diseñado y organizado para la distribución de bienes o servicios, de acuerdo con técnicas y conocimientos desarrollados por el franquiciador.

5 Sobre la expansión de las franquicias en el ámbito internacional, ver MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., “El contrato de franquicia en el comercio internacional, en AA.VV. (Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, dirs.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2013, pp. 104 y ss.

6 VAQUERO PINTO, M.^a J., “El contrato de franquicia”, en AA.VV., *Tratado de contratos*, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ -CANO, R.), 3.^a ed., Valencia, 2020, p. 4111.

7 Tal y como afirma GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en AA.VV., (Herrero García, dir.) *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010, p. 34, el carácter integrado de la red de franquicia se pone de manifiesto por el hecho de que los franquiciados tienen su autonomía operativa y de gestión más limitada si la comparamos con otros sistemas de distribución.

8 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Quién inventó las franquicias? La racionalidad económica del *franchising*”. Almacén de Derecho, blog, 7 de octubre 2013, <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/10/quien-invento-las-franquicias-la.html>.

9 BOCG, núm. 138, de 29 de junio de 2011.

10 MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de master franquicia”, en AA.VV. (RUIZ PERIS y MARTÍ MIRAVALLS, dirs.), *Contratos de distribución*, Barcelona, 2018, p. 238, concibe el modelo de empresa como un bien jurídico inmaterial complejo.

11 Ver STS núm. 145/2009 de 9 marzo. (RJ 2009, 1129). La transferencia del know-how, que aparece dentro de los elementos decisivos para determinar si existe o no un contrato de franquicia. De tal manera que su ausencia configura al contrato juzgado como de suministro y no de franquicia.

12 RUIZ PERIS, J.I., "El contrato de franquicia", en AA.VV. (RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., dirs.), *Contratos de distribución*, Barcelona, 2018, p. 199. Entiende este autor desde la óptica de la red empresarial que se trata de un conjunto de contratos paralelos donde el franquiciador ejerce su liderazgo. De esta manera, la esencia del contrato de franquicia se concentra en la unidad de imagen y de actuación de la red, garantizada por diseño por el franquiciador del modelo de empresa y su ejecución por el franquiciado bajo la vigilancia del franquiciador conforme a los poderes de dirección de la red y control de lo realizado por sus miembros.

13 Respecto del uso de los signos distintivos cedidos por el franquiciador, extinguida la relación contractual, el franquiciado debe cesar en su uso, considerándose como un tercero en relación con el uso de los mismos. MARTÍN ARESTI, P., "Algunas cuestiones en torno a los contratos de distribución comercial y los signos distintivos", en AA.VV., (Herrero García, dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010, p. 121.

14 No lo entiende así la SAP de Barcelona, núm. 980/2020 de 29 mayo, (AC 2020, 848), en tanto que califica el contrato como de franquicia un contrato verbal en el que el elemento principal era el uso de la marca, la aportación de "know how" no existió realmente ya que el franquiciador centró sus obligaciones en la realización de servicios menores (gestión de una cuenta de correo), la mediación en la compra de maquinaria y productos necesarios para el funcionamiento de la máquinas, un mínimo servicio de mantenimiento de las máquinas que, por lo facturado, no era muy continuo, y la realización de las obras iniciales de adaptación de los locales.

15 Artículo 1. g).

16 El franquiciador está obligado a garantizar al franquiciado la propia existencia del saber hacer en el momento de estipulación del contrato, que debe además de cumplir desde el inicio los requisitos exigidos. Ello es esencial hasta tal punto que, si al tiempo de la celebración del contrato el citado modelo de empresa carece del saber hacer necesario, el contrato es nulo, sea por falta de objeto o porque el negocio jurídico carece de causa. MARTÍ MIRAVALLS, J., "El contrato de franquicia", en AA.VV. (VÁZQUEZ ALBERT, dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Valencia, 2010, p. 107.

17 Se debe tener presente que la formación y asistencia al franquiciado, aunque estrechamente relacionadas, pues la finalidad común de ambas es transmitir al franquiciado y su personal los conocimientos del franquiciador; son dos obligaciones independientes,

18 Para RUIZ PERIS, J.I., "El contrato de franquicia...", *cit.*, pp. 213 y ss., la formación es especialmente fundamental en aquellos casos de franquicias complejas o cuando el franquiciado es completamente ajeno al sector. En estas circunstancias, no formar al franquiciado y a su personal sería una garantía de fracaso.

19 MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *El contrato mercantil de franquicia*, 2.^a ed., Granada, 2007, p. 142. En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., "El contrato de master...", *cit.*, p. 248, quien descarta igualmente que el canon de entrada tenga en principio como finalidad, salvo pacto en contrario, el pago adelantado de cesión de derechos y GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Valencia, 2017, p. 51.

20 Así, señala RUIZ PERIS, J.I., "El contrato de franquicia...", *cit.*, p. 213, que puede obedecer a una pluralidad de conceptos, entre los que incluye, además de la compensación del franquiciador por gastos realizados durante la fase contractual a favor del franquiciado, como un medio para favorecer la estabilidad de la relación durante los dos primeros años en conexión con el espíritu de sacrificio.

21 Como simple muestra cabe citar, la STS núm. 357/2009, de 1 de junio (RJ 2009, 3191), las SSAP de Barcelona de 11 de marzo de 2002, (JUR 2002, 15073), 9 de septiembre de 2002, (AC 2002, 1728), de 18 de diciembre de 2002, (JUR 2003, 107522), de 12 de febrero de 2003, (JUR 2003, 196372), de 16 de abril de 2004, (JUR 2004, 152123), núm. 164/2009, de 5 de marzo (AC 2009, 1137). No obstante, la compensación por los gastos iniciales no siempre se encuentra presente en la descripción contractual de dicha obligación, STS núm. 254/2020, de 4 de junio, RJ 2020, 1580, SAP de Madrid núm. 337/2017, de 19 de julio, (JUR 2017, 177851). En otras ocasiones, lo esencial o definitorio de dicho canon es necesariamente la retribución por la entrega del saber hacer, así SAP Madrid núm. 589/2005, de 27 de septiembre, (JUR 2006, 36863).

22 La SAP de Barcelona, de 9 de septiembre de 2002, (AC 2002, 1728), pone de manifiesto como un contrato de franquicia tenía una retribución directa, canon de entrada, de entrega única al inicio de la relación y una retribución indirecta, canon de explotación como prestación de periodicidad mensual. Si bien se retribuía con ambos los mismos elementos, el canon de entrada tenía una vigencia de dos años y el de explotación se comenzaba a cobrar a partir del tercer año.

23 SSAP de Barcelona núm. 161/2018, de 5 de marzo, (JUR 2018, 90269) y núm. 682/2017, de 18 de diciembre, (JUR 2018, 19285), que condiciona la devolución del canon a la existencia de un preaviso en plazo determinado. Si bien en el primer supuesto, la recuperación del canon de entrada operaba en caso de cesión, conforma al protocolo contractual establecido, a un tercero o al propio franquiciador; en el segundo supuesto, no se desprende del contrato que la cesión sea necesaria para activar la devolución del canon, sino que se trata de un derecho de resolución unilateral reconocido al franquiciado.

24 MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *El contrato mercantil de . . .*, *cit.*, pp. 190 y ss. La limitación temporal del contrato de franquicia reside o se justifica en la necesidad de renovación del sistema y en la incentivación de ambas partes. En todo caso, la duración debe ser suficiente para amortizar las inversiones iniciales del franquiciado y el canon de entrada, pues si el tiempo de amortización de estos conceptos económicos no resulta razonablemente compatible con la duración del contrato afectaría a la licitud de la propia causa del contrato.

25 Son causas de ineficacia ya que su conclusión acaece por razones externas al contrato, frente a las causas de invalidez CASADO ROMÁN, J., "La resolución contractual en el derecho civil español", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018, edición electrónica, p. 2.

26 En este punto, VAQUERO PINTO, M.^a J., “La terminación de los contratos de distribución”, en AA.VV., (Herrero García, dir.) *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, 2010, p. 326, advierte que cuando el incumplimiento incide en la ausencia de objeto contractual, como la falta de entrega de un válido y auténtico saber hacer en el contrato de franquicia, no procede el remedio resolutorio sino la nulidad.

27 En los contratos sinalagmáticos cada una de las partes está obligada a cumplir su prestación bajo el condicionante de que va a recibir la prestación acordada de la otra parte, en caso de que ese hecho no acontezca, nace el derecho del perjudicado a no cumplir la obligación que le incumbe. Como afirma PALAZÓN GARRIDO, M.^a L., “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en AA.VV. (Sánchez Lorenzo, ed.) *Derecho contractual comparado*, vol. II, Pamplona, 2016, p. 868, la equidad y el sinalagma conforman el fundamento de la institución resolutoria.

28 Se debe tener en cuenta que el propio Tribunal Supremo ha matizado este principio, señalando que quien ha incumplido el contrato puede instar la resolución del mismo cuando la otra parte la incumplió previamente. MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *El contrato mercantil de . . .*, cit., p. 189. En este sentido, CLEMEMENTE MEORO, M.E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009, p. 39, interpreta que lo exigido por la Jurisprudencia es el no incumplimiento del acreedor demandante y no el cumplimiento previo. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7446), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 2011, edición electrónica, p.3, considera esencial determinar la secuencia de los incumplimientos pues “quien incumpla a consecuencia del incumplimiento anterior del otro conserva este derecho pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y libera a la otra parte de sus compromisos”.

29 En este sentido, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Pamplona, 2020, p. 1125. La STS núm. 642/2010, de 8 de octubre, (RJ 2010, 7446), entiende, que el incumplimiento recíproco en negocios jurídicos sinalagmáticos no puede constituirse en causa de resolución, circunstancia que elimina la indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, p.170.

30 PRIEGO QUESADA, A.A., “La resolución por incumplimiento del contrato de franquicia en la jurisprudencia española. Causas y efectos”, Tesis doctoral, 2018, p. 179, <http://roderic.uv.es/handle/10550/67692>, por el contrario, se muestra opuesto a que se aprecie por los tribunales la extinción del contrato por mutuo disenso, pues considera que ante un auténtico mutuo disenso, las partes no tendrían necesidad de presentar su controversia ante los Tribunales, resolviendo el contrato de franquicia de mutuo acuerdo. Así, la STS núm. 754/2005 de 21 octubre. (RJ 2005, 8274), aprecia que la relación contractual quedó resuelta extrajudicialmente por voluntad de las partes mediante comportamientos inequívocos.

31 Ver SSTS núm. 169/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 984), núm. 605/2010, de 4 octubre (RJ 2010, 7310), núm. 868/2008, de 8 de octubre, (RJ 2008, 6690) que ratifica que a extinción del contrato por la completa ejecución de su etapa inicial y la frustración de la colaboración empresarial subsiguiente debida a los recíprocos incumplimientos de ambas partes contratantes o, si se quiere, por su desinterés en continuar dicha colaboración. Se trata de una extinción no igual ni similar a la derivada del mutuo disenso, pero sí de efectos equivalentes.

32 De este modo, y ante el silencio de la norma, la Jurisprudencia aplica el principio de restitución basándose en los artículos 1303 y 1295 del Código Civil y en las previsiones contenidas en los artículos 1122 y 1123 del Código Civil. Ver SAP Barcelona núm. 164/2009, de 5 de marzo, (AC 2009, 1137).

33 Especialmente la SAP de Málaga núm. 367/2014, de 28 de julio, (JUR 2015, 48192), siguiendo la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo respecto de sobre las consecuencias restitutorias de la declaración de resolución del contrato.

34 Así, la STS núm. 532/2012, de 30 de julio, (RJ 2012, 9006), que apunta, además, que la retroacción de prestaciones o efecto restitutorio afecta a las prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas de la otra mientras estuvo vigente el contrato.

35 GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución . . .*, cit., p. 173, así opera en el caso de los contratos de distribución, que considera de tracto sucesivo con prestaciones autónomas, en los que se ha producido una satisfacción parcial de las partes, los efectos de la resolución operan para el futuro y no para el pasado. Ver SAP Barcelona de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2003, 196372), SAP León núm. 177/2012, de 27 de abril, (AC 2012, 1495).

36 SAP Pontevedra núm. 484/2013, de 23 de diciembre, (AC 2013, 2220), SSAP Barcelona de 11 de marzo de 2002 (AC 2002, 15073), de 16 de abril de 2004 (AC 2004, 152123), núm. 454/2014, de 19 de noviembre (JUR 2015, 37317).

37 Resulta paradójico que para el mismo franquiciador, la SAP Madrid núm. 337/2017, de 19 de julio, (JUR 2017, 277851) afirma que “se trató de un canon de entrada y puesta en marcha del negocio; de la suma a pagar por la concesión de la franquicia y que se entiende consumida por el mero hecho del otorgamiento de la licencia para utilizar aquélla y la adquisición del derecho a recibir una serie de efectos materiales (máquinas y material de entrenamiento, material de publicidad, elementos corporativos, etc.) y otros inmateriales (asesoramiento, formación inicial, transmisión del *saber hacer* de la franquiciadora, con la entrega del correspondiente manual, etc.). Es por ello, que la resolución del contrato –por otro lado, aceptada y consentida por la apelante–, antes del vencimiento del plazo pactado para su vigencia, no genera derecho a la devolución del canon de entrada a la franquicia”. Ello, no obstante, en el presente caso, dado que la franquiciada vino aprovechando el saber hacer después de la ruptura del contrato, debió indemnizar a la franquiciadora.