

EL RÉGIMEN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA *

JAUME MARTÍ MIRAVALLS

*Becario de investigación «V Segles» del Departamento
de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la
Universitat de València*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Extracto:

LA nulidad es un defecto objetivo de la estructura del acto contractual que determina la carencia o privación de los efectos propios del contrato. Las dos causas de mayor actualidad en el contrato de franquicia son la carencia de objeto del contrato y la vulneración por parte del mismo de alguna norma imperativa, artículo 6.3 del Código Civil, en particular, las normas de defensa de la competencia.

La nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto ha sido objeto de un buen número de pronunciamientos judiciales en los últimos años. En particular, los dos elementos del contrato que vienen siendo utilizados para declarar el carácter incierto, imposible e indeterminado del objeto del contrato son la marca y el *know-how*. La problemática gira en torno a la titularidad de la marca –especialmente la no inscripción en el Registro– y a la ausencia de un verdadero *know-how*.

Por su parte, los dos efectos civiles fundamentales que produce la realización de un ilícito anticoncurrencial son, por una parte, la nulidad de los negocios jurídicos cuya celebración constituya una infracción *antitrust* y la eventual responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor si de su conducta se han derivado daños a intereses particulares.

.../...

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación BJU2003-07935 del Ministerio de Ciencia y Tecnología «Desarrollo contractual de las redes de franquicia».

.../...

En efecto, los acuerdos contrarios al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, o al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, no sólo son objeto de las correspondientes sanciones administrativas sino que, además, reciben la sanción –de carácter civil– de ser considerados «nulos de pleno derecho», de acuerdo con lo previsto expresamente en los apartados segundos de cada artículo.

El presente trabajo pretende analizar el régimen jurídico de la nulidad en el contrato de franquicia desde la perspectiva tanto del nuevo sistema *antitrust* europeo relativo a los acuerdos verticales –sin abordar el ilícito abuso de posición de dominio–, como desde la perspectiva de la nulidad por falta de objeto.

Palabras clave: franquicia, nulidad, competencia. Falta de objeto contractual.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Nulidad en el contrato de franquicia por ilícito *antitrust*.
 1. Prohibición general de restricciones a la competencia.
 2. Restricciones a la competencia en el contrato de franquicia.
 - A. Restricciones accesorias.
 - B. Acuerdos restrictivos de la competencia en el seno de un contrato de franquicia.
 3. Características de la nulidad del contrato de franquicia por la realización de un ilícito *antitrust*.
- III. La nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto.
 1. La nulidad del contrato de franquicia por ausencia de *know-how*.
 2. La nulidad del contrato de franquicia por falta de titularidad de la marca.

I. INTRODUCCIÓN

La nulidad es un defecto objetivo de la estructura del acto contractual que determina la carencia o privación de los efectos propios del contrato ¹. La nulidad de un contrato de franquicia, que es lo que aquí nos ocupa, lógicamente, puede ser consecuencia de cualquiera de las causas de nulidad del contrato ², si bien, las dos de mayor actualidad son la carencia de objeto del contrato ³ y la vulneración por parte del mismo de alguna norma imperativa ⁴, artículo 6.3 del Código Civil, en particular, las normas de defensa de la competencia ⁵.

La nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto es una de las cuestiones que mayor número de pronunciamientos judiciales está ocasionando en los últimos años debido, entre otras cuestiones, a que es bastante habitual que, en caso de la existencia de malas relaciones entre franquiciador y franquiciado ⁶, el franquiciado demande o reconvenga instando la nulidad del contrato por falta de objeto ⁷.

¹ Se suele definir el contrato nulo diciendo que es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este respecto, como no realizado (*nullum est negotium; nihil es actum*). Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, 1993, pág. 445.

² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, cit., vol. I, pág. 447; DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Civitas, 1997, pág. 462 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La nulidad contractual: consecuencias*, Tirant lo Blanch, 1995.

³ En concreto, sobre la franquicia, RUIZ PERIS, J.I. «Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia», en *Nuevas Formas Contractuales y el incremento del endeudamiento familiar* (dir. RUIZ PERIS), Estudios de Derecho Judicial, 2004, pág. 289 y ss.

⁴ Sobre ello, GALGANO, F. *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 252 y ss.

⁵ PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust: (aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el Derecho a la defensa de la competencia)*, Comares, 2000; WAELBROECK, M./FRIGANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, Tomo I, Bosch, 1998, pág. 707 y ss.; BELLAMY, C./CHILD, G. *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, 1992, pág. 593 y ss.; MAIL-FOUILLEUL, S. *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2002; JONES, A. «Recovery of Benefits Conferred under Contractual Obligations Prohibited by Article 85 or 86 of the Treaty of Rome», *The law quarterly review*, núm. 112, 1996, pág. 606 y ss.; REICHE, K.D. *Die Wichtigkeit von Neukartellen nach Art. 85 Abs. 2 EWG-V*, Hamburg, Univ., Diss., 1976.

⁶ Principalmente por incumplimientos de asistencia inicial, en caso del franquiciador, e impagos, en caso de los franquiciados.

⁷ Sobre las principales causas de litigiosidad del contrato de franquicia en relación a la nulidad por falta de objeto, RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 310 y ss.

En particular, los dos elementos del contrato que vienen siendo utilizados para declarar el carácter incierto, imposible e indeterminado del objeto ⁸ del contrato de franquicia ⁹ son la marca y el *know-how*. La problemática gira en torno a la titularidad de la marca –especialmente la no inscripción en el Registro– y la ausencia de un verdadero *know-how* –así, por todas, SAP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 y de la AP de Asturias de 22 de enero de 2001 ¹⁰–.

Por su parte, los dos efectos civiles fundamentales que produce la realización de un ilícito anticoncurrencial son, por una parte, la nulidad de los negocios jurídicos cuya celebración constituya una infracción *antitrust* y la eventual responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor si de su conducta se han derivado daños a intereses particulares ¹¹.

En efecto, los acuerdos contrarios al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea ¹² –TCE– o al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia ¹³ –LDC– no sólo son objeto de las correspondientes sanciones administrativas ¹⁴ sino que, además, reciben la sanción –de

⁸ Sobre estas características del objeto del contrato, en general, véase, GENTE-ALONSO, M.C. «Artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil» en *Comentario del Código Civil* (PAZ-ARES y otros, dir.), Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, pág. 473 a 478; ALMAGRO NOSETE, J. «Artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil» en *Comentario del Código Civil* (coord. RAMS ALBESA, J.), Bosch, vol. 6, 2000, págs. 583 a 595; GALGANO, F. *El negocio...*, cit., pág. 123 y ss.

⁹ El contrato de franquicia tiene por finalidad la transmisión del derecho a usar un modelo de empresa, junto con todos los elementos necesarios para que dicho modelo pueda ser ejecutado –lo que incluye asistencia técnica y/o comercial y la formación del franquiciado y su personal–, a cambio de una contraprestación. En este sentido, por todos, RUIZ PERIS, J.I. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, 2000, pág. 62 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Franchising», en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, 1995, pág. 3.154, donde mantiene, citando a PAZ-ARES que la causa del contrato de *franchising* es la «reproducción de la empresa»; y HERNANDO GIMÉNEZ, A. *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, 2000, pág. 47.

¹⁰ En esta línea se encuentra también la jurisprudencia de otros ordenamientos europeos, como el francés, por todas, Sentencias de la *Cour d'appel* de París de 29 de septiembre de 1992 o de 14 de abril de 1995.

¹¹ Por todos, MARTÍNEZ MULERO, V. «Defensa de la competencia y daños», *RDM*, núm. 255, 2005, pág. 111 y ss.; SALVADOR ROLDÁN, R. «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», *GJUEC*, núm. 226, 2003, pág. 71 y ss.; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *GJUEC*, núm. 230, 2004, págs. 63-76.

¹² La aplicación de lo dispuesto en el artículo 81 del TCE, aparentemente un solo artículo, es mucho más compleja de lo que podría parecer a primer vista, porque en realidad implica el conocimiento y aplicación de un extenso conjunto normativo y de una extensísima jurisprudencia del TJCE a lo largo de casi cuarenta años. BERCOVITZ, A. «Acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81 TCE)», *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003* (dir. GARRIDO ESPA), *Cuadernos de derecho judicial*, 2004, pág. 15. En el presente trabajo vamos a utilizar la numeración de los artículos del TCE establecida en el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por lo que los artículos 81 y 82 se refieren a los antiguos artículos 85 y 86 –el cambio fue sólo numérico, sin alterar el orden ni el contenido anterior–.

¹³ BOE de 18 de julio de 1989, núm. 170.

¹⁴ Téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 19 de febrero de 2002 –(2002/C 45/03)–. Sobre todas estas cuestiones, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003, pág. 915 y ss.; GUERRA FERNÁNDEZ, A. «La revisión judicial de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de multas», *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2004, pág. 291 y ss.; ARNAUDO, L. «Le sanzioni della disciplina comunitaria della concorrenza: natura, limiti, prospettive di riforma», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 8, núms. 3-4, 1998, pág. 611 y ss.; SEELIGER/POLLEY. «Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in EG-Kartellsachen», *EuZW*, vol. 13, núm. 13, 2002, pág. 397 y ss.; GÓMEZ SEGADA, J.A. «Las multas impuestas por la Comisión en el Derecho Comunitario de la Competencia», *ADI*, tomo 10, 1984, pág. 229 y ss.; TIerno CENTELLA/PEÑA CASTELLÓT. «La Comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel», *GJUEC*, núm. 220, 2002, pág. 101 y ss.

carácter civil– de ser considerados «nulos de pleno derecho», de acuerdo con lo previsto expresamente en los apartados segundos de cada artículo ¹⁵.

El artículo 1.2 de la LDC establece que «son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley». Con similar redacción el artículo 81.2 del TCE dispone que «los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho». Así pues, existen una serie de comportamientos colusorios prohibidos a los que el ordenamiento jurídico sanciona, además de con las intimaciones y multas propias del Derecho Administrativo, con la nulidad absoluta o de pleno derecho.

Con estos preceptos se pretende impedir que determinados negocios jurídicos contrarios al Derecho de la competencia puedan producir vinculación jurídica entre los sujetos que participan en ellos, vedando de esta manera cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento ¹⁶.

Idéntica consecuencia se produce en caso de prácticas abusivas contrarias a los artículos 82 del TCE o 6 de la LDC. Si bien estos preceptos, a diferencia de los artículos 81 del TCE y 1 de la LDC, carecen de una declaración expresa de nulidad. No obstante, el TJCE ha declarado que, cuando una práctica abusiva contraria al artículo 82 del TCE se plasma en un acuerdo, dicho acuerdo se encuentra igualmente viciado de nulidad (STJCE de 25 de octubre de 1979, asunto *Greenwich Film/SACEM* –Considerando 10–).

El presente trabajo pretende analizar el régimen jurídico de la nulidad en el contrato de franquicia desde la perspectiva tanto del nuevo sistema *antitrust* europeo relativo a los acuerdos verticales ¹⁷

¹⁵ Quizás al lector menos familiarizado con el Derecho de la competencia le resulte chocante la coexistencia de un ordenamiento nacional y otro comunitario, con contenidos aparentemente idénticos. Más ello es posible y conveniente, porque lo relevante en Derecho de la competencia es el lugar en que se producen los efectos de la conducta anticompetitiva, sobre todo si se separa en la conocida diferencia de objetivos entre los Derechos nacional y comunitario de la competencia. PINTOS AGER, J. «La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque», *Indret*, núm. 3, 2001.

¹⁶ PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 152.

¹⁷ En el ámbito de la distribución, en general, y de la franquicia, en particular, es posible encontrar hasta tres tipos distintos de restricciones que pueden entrar en el ámbito de la prohibición del artículo 81.1 del TCE, a saber, restricciones horizontales, restricciones verticales y restricciones mixtas. Como es sabido, las restricciones horizontales son aquellas en las que participan en ellas operadores económicos que realizan la misma actividad (es el caso de agricultores, ganaderos, recolectores, extractores, pescadores, artesanos, industriales, prestadores de servicios, profesionales, mayoristas, minoristas y mediadores de servicios, que realizan una conducta colusoria entre sí) mientras que las restricciones verticales unen a operadores que ejercen actividades en mercados distintos (por ejemplo, industrial y mayorista o prestador de servicio de una compañía de seguros y mediador de servicios, esto es, agente o corredor de seguros que no presta él mismo el servicio). Por su parte, las restricciones mixtas son aquellas que se producen en el seno de acuerdos celebrados por operadores que actúan en el mismo mercado (por ejemplo, la producción de bebidas refrescantes) en modo tal que uno de los participantes se convierte, además, en distribuidor del otro (por ejemplo, en el supuesto de que *Schweppes* distribuyese *Coca-Cola*). El acuerdo es vertical pero se realiza entre operadores que actúan en el mismo mercado.

Desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia los contratos de franquicia presentan restricciones distintas. Así, la franquicia de producción (industrial o artesanal) implica restricciones horizontales. La franquicia de distribución en

.../...

—sin abordar el ilícito abuso de posición de dominio, habitualmente por encima del 40% de la cuota de mercado—, como desde la perspectiva de la nulidad por falta de objeto.

II. NULIDAD EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA POR ILÍCITO *ANTITRUST*

Desde su origen el contrato de franquicia aparece íntimamente relacionado con el Derecho de la competencia¹⁸ —concretamente con el *trust*¹⁹—. El contrato de franquicia, por su especial naturaleza, puede —no por su objeto sino por las cláusulas que lo tutelan— constituir alguna restricción a la libre competencia. No obstante, también es cierto que el sistema de franquicia contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos y/o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

En este sentido el sistema contribuye a la creación de empresas y facilita el acceso a la condición de empresario a particulares que, fuera de este sistema, no se plantearían adquirir tal estatus, por lo que potencialmente el sistema también incentiva la competencia, no sólo *intra brand* sino también *inter brand*. Igualmente la transmisión del *know-how* propio del franquiciador, el *feed-back* informativo entre las partes, las economías de escalas, etc., características del sistema de franquicia, contribuyen a racionalizar el mercado y a dotar de eficiencia a la red, lo que directamente repercute en los consumidores, que, entre otras cuestiones, tienen acceso a una mejora en la siempre positiva relación calidad-precio.

la que el franquiciador es fabricante y el franquiciado distribuidor de los productos de aquél implica restricciones verticales. Por su parte, la franquicia de distribución en el que el franquiciador es seleccionador y distribuidor y el franquiciado distribuidor implica restricciones horizontales. La franquicia de servicios en que el franquiciador produce los servicios y el franquiciado es un mediador respecto a los mismos implica restricciones verticales. Y, finalmente, la franquicia de servicios en que el franquiciador presta los servicios y el franquiciado presta también los mismos servicios (hostelería, peluquería, profesionales, restauradores) implica restricciones horizontales.

Pese a ello las franquicias de distribución y de servicios independientemente de que den lugar a restricciones verticales u horizontales, en el Derecho antitrust comunitario, son tratadas conjuntamente como si sólo dieran lugar a restricciones verticales. Por su parte, la franquicia industrial es tratada tomando en cuenta el carácter horizontal de la restricción, atendiendo a la licencia pura de marca, patente y/o *know-how* industrial, por lo que es reconducida al Reglamento 772/2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

¹⁸ En efecto, el contrato de franquicia surgió en los Estados Unidos como un medio de eludir la prohibición *antitrust* que impedía a los fabricantes de automóviles vender por sí mismos sus vehículos a los consumidores finales, derivada de la prohibición contenida en las secciones primera y tercera de la *Sherman Act* de 1890, sobre las restricciones a la competencia determinadas por los *trust*. Sobre el origen del contrato de franquicia, por todos, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, 1991, pág. 27; y ADAMS, J./PRICHARD JONES, K.V. *Franchising, practice and precedents in business format franchising*, Butterworths, 1997. Por su parte, sobre la *Sherman Act*, FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Un hito en la historia del derecho de la competencia: centenario de la "Sherman Act"», *ADI*, Tomo 13, 1989, pág. 675 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C. «La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos», *RDM*, núm. 253, 2004, pág. 1.085 y ss.

¹⁹ Institución clásica de Derecho anglosajón que por virtud de su uso en Derecho norteamericano a finales del siglo XIX llegó a convertirse en sinónimo de restricción de la competencia. *Vid.* RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de...*, cit., págs. 29 y 30, notas 26 y 27.

En el Derecho de la competencia puede distinguirse una doble perspectiva de análisis respecto a las restricciones contenidas en determinados contratos y entre ellos en los de franquicia. La primera propugna que las soluciones para cada tipo de restricción sean uniformes independientemente del contrato en el que la restricción se incardine. Fruto de la misma es el intento de unificación de soluciones respecto a los acuerdos restrictivos de la competencia que representa el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas²⁰ –en adelante Reglamento 2790/99–.

La segunda modaliza las soluciones atendiendo al tipo de contrato en que se encuentre incardinada la restricción. Ejemplos son la conocida sentencia *Pronuptia*²¹, las reglas especiales relativas a la distribución selectiva presentes en el propio Reglamento 2790/99 y, sobre todo, la doctrina específica para las restricciones presentes en cada tipo de contrato en la Comunicación de la Comisión, de 13 de octubre de 2000²², Directrices relativas a las restricciones verticales –en adelante

²⁰ Diario Oficial núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, págs. 0021-0025. Sobre la misma, MENDELSON/ROSE. *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Aspen publishers, 2002; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. «Acuerdos verticales», *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)* –coord. VELASCO SAN PEDRO–, Lex nova, 2005, pág. 103 y ss.; ORTUÑO BAEZA, M.T. «Acuerdos verticales y derecho de la competencia: Comentarios al Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 204, 2002, pág. 15 y ss.; WHISH, R. «Regulation 2790/99: The Commission's "new style" block exemption for vertical agreements», *Common market law review*, vol. 37, núm. 4, 2000, pág. 887 y ss.; MORENO-TAPIA RIVAS/FERNÁNDEZ VICIÉN. «La nueva regulación comunitaria de las Restricciones Verticales», *DN*, núm. 125, 2001, pág. 28 y ss.; y PASCUAL VICENTE, J. «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2002, pág. 241 y ss.

²¹ Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1986, caso *Pronuptia*, asunto 161/84, que tuvo por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE, por el *Bundesgerichtshof*, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main*, y *Pronuptia de Paris Irmgard Scinllogalis Hamburg*, una decisión prejudicial sobre la interpretación que debía darse al artículo 85 del Tratado CEE en relación a un contrato de franquicia y al Reglamento número 67/67 de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva. El Tribunal declaró, por una parte, que la compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 81, apartado 1, estaba en función de las cláusulas que contengan dichos contratos y del contexto económico en el que se inserten; y, por otra, que el Reglamento número 67/67 no era aplicable a los contratos de franquicia en materia de distribución como el que ha sido examinado en el marco del procedimiento. En su análisis, el Tribunal, definió los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, identificó las condiciones necesarias para que éste funcionase correctamente y, finalmente, excluyó del artículo 81.1 aquellas cláusulas del acuerdo indispensables para la consecución de las citadas condiciones. Con ello las franquicias se beneficiaron de una *rule of reason* particular, o *sui generis*, en la que se valoró que las cláusulas necesarias para la salvaguardia de la imagen y del *know-how* del franquiciador eran esenciales y no entraban en el ámbito del artículo 81.1, mientras que el resto de condiciones de la comercialización fueron analizadas desde la perspectiva del artículo 81.3, y declaradas –mayoritariamente– beneficiosas, al crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, permitiendo a los pequeños comerciantes el acceso a fórmulas de comercialización testadas y «exitosas». Sobre la misma, véase, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 58 y ss.; y VENIT, J.S. «Pronuptia: the doctrine and discipline of ancillary restraints –or unholy alliances: the marriage of per se and reason», *ELR*, núm. 11, 1986, pág. 217. Por su parte, sobre la no necesidad de una *rule of reason* en el derecho europeo de la competencia, dada la existencia de un precepto como el artículo 81.3 del TCE, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 57 y ss.

²² Diario Oficial núm. C 291, de 13 de octubre de 2000, págs. 0001-0044. Sobre las mismas, QUINTÀNS EIRAS, M.R. «Las directrices sobre restricciones verticales, complementarias del reglamento 2790/99», *ADI*, núm. 21, 2000, págs. 1.297 a 1.317.

Diretrizes 2000-. Estas Diretrizes, precisamente, recogen un conjunto de especialidades en materia de franquicia que resultan relevantes desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia –véase *infra*–.

De otra parte, la descentralización de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia operada por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE ²³, ha dado lugar a la atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales nacionales –en nuestro caso a los juzgados de lo mercantil *ex art. 87 ter LOPJ*– para la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, incluido el artículo 81.3 del TCE que establece, como excepción legal, las condiciones en que un acuerdo que cae dentro del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 81.1 del TCE puede considerarse «autorizado» ²⁴.

²³ Diario Oficial núm. L 001, de 4 de enero de 2003, págs. 0001-0025. El nuevo Reglamento, adoptado por el Consejo el 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE, sustituyó al Reglamento (CEE) núm. 17/62, desde el 1 de mayo de 2004, fecha de su aplicación.

El Reglamento núm. 17/62 establecía un sistema de control centralizado según el cual los acuerdos susceptibles de limitar y afectar el comercio entre Estados miembros debían notificarse a la Comisión para poder beneficiarse de una exención. Esta competencia exclusiva de la Comisión para autorizar acuerdos restrictivos de la competencia que cumplían las condiciones del apartado 3 de artículo 81 del TCE, condujo a las sociedades a notificar una multitud de acuerdos, lo que minó los esfuerzos de promover una aplicación rigurosa y descentralizada de las normas de competencia.

Con el fin de simplificar los trámites administrativos a las empresas y permitir a la Comisión realizar a largo plazo una acción más eficaz contra infracciones graves de las normas de competencia, la Comisión emprendió, con la publicación del Libro Blanco de 1999, un largo proceso de reforma que ha desembocado en la publicación del Reglamento 1/2003. El Reglamento establece un sistema de excepción legal que tiene como efecto directo hacer responsables a las empresas que, al no estar ya obligadas a notificar previamente a la Comisión, deberán de buena fe garantizar que estos acuerdos no afectan a la libre competencia y no infringen las normas comunitarias en esta materia. No obstante, con el fin de evitar todo abuso, las autoridades europeas de competencia –incluida la Comisión– y los órganos jurisdiccionales nacionales adquieren una mayor responsabilidad en cuanto a la vigilancia del respeto de las normas de competencia garantizando al mismo tiempo la coordinación de sus acciones.

Esta reforma supone el paso de un sistema de autorización centralizado de notificación previa a un sistema de excepción legal que, basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia y en el refuerzo del control *a posteriori*, permite por una parte reducir el trabajo de la Comisión y por otra aumentar el papel de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del derecho de competencia garantizando al mismo tiempo su aplicación uniforme.

²⁴ Ponemos el término autorizaciones entre comillas porque desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 las autorizaciones ya no son necesarias. Sobre el Reglamento 1/2003, con referencias al sistema anterior en el que existían dudas sobre la aplicación directa del artículo 81.3 por los tribunales jurisdiccionales nacionales, véase, GALÁN CORONA, E. «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *RDCE*, núm. 15, 2003, pág. 499 y ss.; AA.VV. *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003* (dir. GARRIDO ESPA, L.), Cuadernos de derecho judicial, 2004; ARROYO APARICIO, A. «La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del tratado CE según el reglamento CE núm. 1/2003», *Estudios de Derecho de la competencia* (coord. FONT GALÁN/PINO ABAD), Marcial Pons, 2005, pág. 249 y ss.; COSTAS COMESAÑA, J. «El Reglamento CE 1/2003: de la prohibición con autorización previa centralizada a la excepción legal directamente aplicable y descentralizada de artículos 81 y 82 del Tratado CE», *ADI*, gomo 23, 2003, pág. 1.179 y ss.; DE BRONET, G. *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005; IDOT, I. «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)», *CDE*, vol. 39, núms. 3-4, 2003, pág. 283 y ss.; e ILLESCAS ORTIZ, R. «Capítulo 38: Derecho de la competencia: la libre competencia», *Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, coord.), Ariel, vol. I, 2003.

Especialmente relevante en este sentido es la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004²⁵, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado –Directrices art. 81.3–, que desarrolla el Reglamento 1/2003 y que expresamente recoge la doctrina de las *ancillary restraints*²⁶; así como –aunque en otro ámbito– las Comunicaciones de la Comisión, de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE (*de minimis*)²⁷, y la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado²⁸.

1. Prohibición general de restricciones a la competencia

Son incompatibles con el mercado común y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, artículo 81.1 del TCE²⁹.

El artículo 81.1 establece el principio general prohibitivo de las colusiones entre empresas, enunciando tres requisitos para su aplicación³⁰. Primero, que exista un concierto de voluntades o un entendimiento que pueda afectar a la actividad de dos o más empresas; segundo, que ese entendimiento pueda afectar al comercio entre los Estados miembros³¹; y, tercero, que ese entendimiento pueda producir o produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

²⁵ (2004/C 101/08). Las Directrices art. 81.3 constituyen una especie de recopilación y puesta al día de la jurisprudencia del TJCE, así como una guía metodológica de aplicación del artículo 81 –especialmente respecto al apartado tercero–. Éstas, aun no siendo vinculantes, ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 81 a casos individuales y pretenden servir de orientación a los tribunales y las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del TCE.

²⁶ Conforme a la doctrina *antitrust* de las restricciones accesorias, con carácter general, en el marco de un contrato lícito, deberían considerarse autorizadas aquellas restricciones que sean necesarias para su correcta ejecución y cumplimiento, pues de lo contrario desaparecería la posibilidad de celebrarlos. Véase, entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M. «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», *DN*, núm. 122, 2000, pág. 1 y ss.

²⁷ Diario Oficial núm. C 368, de 22 de diciembre de 2001, págs. 0013-0015.

²⁸ Diario Oficial núm. C 101, de 27 de abril de 2004.

²⁹ En particular, a título ejemplificativo, el TCE hace referencia expresa a los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

³⁰ Sobre ello, por todos, VELASCO SAN PEDRO, L.A. «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)* –coord. VELASCO SAN PEDRO–, Lex nova, 2005, pág. 55 y ss.

³¹ Véase, la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del TCE.

La prohibición del artículo 81.1 no es absoluta sino relativa dada la existencia, por un lado, de la doctrina de las restricciones accesorias y, por otro, de un precepto como el 81.3 del TCE³². La primera cuestión excluye del ámbito del artículo 81.1 del TCE determinadas restricciones a la competencia por ser accesorias, necesarias y proporcionadas a un contrato con objeto lícito –no restrictivo–, sin que sea necesario acudir al artículo 81.3 del TCE. La segunda, el artículo 81.3 del TCE, establece una excepción legal, articulada a través de una especie de régimen de «autorizaciones»³³, singulares o por categorías, de acuerdos restrictivos de la competencia, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales³⁴, que sólo opera cuando se ha concluido que el acuerdo cae en el ámbito del artículo 81.1 del TCE³⁵.

Dicho régimen de excepción legal consiste en determinar los efectos económicos positivos que pueda tener el acuerdo –compensación– en atención a cuatro condiciones que los acuerdos que pretendan ser exceptuados legalmente deben cumplir –dos positivas y dos negativas–.

En resumen, un acuerdo, práctica o decisión de empresas contrario al apartado primero del artículo 81 puede ser legal si se cumplen las condiciones que enumera el apartado tercero. Por tanto, los tres apartados del artículo 81 del TCE deben ser analizados como una unidad y aplicarse en bloque³⁶, pues, como se desprende de los dos primeros apartados del artículo 1 del Reglamento 1/2003, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del TCE que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, mientras que los que, pese a quedar comprendidos en el apartado primero, reúnan las condiciones del apartado 3 no están prohibidos³⁷, y por tanto no podrán ser declarados nulos de pleno derecho.

³² Que hace innecesario la existencia de una *rule of reason* como la norteamericana en Europa.

³³ Véase nota 23.

³⁴ En este sentido se ha pronunciado el TJCE en la Sentencia de 28 de mayo de 1998, asunto C -7/95 P, *John Deere*, donde expresamente estableció que el apartado 1 del artículo 81 prohíbe los efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales –apdo. 77–.

³⁵ Nótese que tras el Reglamento 1/2003 los Reglamentos de exención cumplen ahora una función distinta. Ahora ya no sustituyen a la «autorización», que no es necesaria, sino que dan a las empresas la seguridad jurídica de que si los acuerdos cumplen los requisitos del Reglamento, la colusión puede acogerse a la excepción legal del artículo 81.3 del TCE. BERCOVITZ, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 2004, pág. 317.

³⁶ De este modo, en virtud del apartado primero del artículo 81 del TCE, son incompatibles con el mercado común y están prohibidos los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Y a tenor del apartado segundo, tales acuerdos son nulos de pleno derecho salvo si, conforme al apartado tercero, pueden ser considerados legales al cumplir las condiciones que se enumeran. Véase, GALÁN CORONA, E. *Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003...*, cit., pág. 504; ARROYO APARICIO, A. *La aplicación descentralizada...*, cit., pág. 252; y KAMANN/BERGMANN. «Die neue EG-Kartellverfahrensordnung – Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis», *Betriebs Berater*, núm. 15, 2003, pág. 1.744.

³⁷ Sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto en ningún caso. Véase, cualquier artículo de AA.VV. «La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003» (dir. GARRIDO ESPA, L.), *Cuadernos de derecho judicial*, 2004.

Según jurisprudencia reiterada del TJCE, las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas³⁸ y suficientes³⁹, esto es, por una parte, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una de las condiciones, de modo que en caso de que una de ellas no se cumpla, la aplicación de la excepción conforme al apartado 3 del artículo 81 debe descartarse. Por otra parte, ello también significará que cuando se cumplen todas las condiciones, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a ninguna otra condición.

El artículo 81.3 del TCE establece que las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 podrán ser declaradas «inaplicables» a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y a cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que (1) contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, (2) reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, (3) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, (4) ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

La evaluación de cualquier restricción de la competencia con respecto al artículo 81, por tanto, constará de dos partes. La primera, consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia y no reviste la condición de accesorio, necesario y proporcional –doctrina de la restricción accesorio–, esto es, si se inserta en el artículo 81.1 del TCE. La segunda, que tan sólo es procedente cuando se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia⁴⁰, esto es, un examen a la luz del artículo 81.3 del TCE.

Según la primera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico⁴¹.

Para el examen de esta condición es necesario determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias, dado que, para que el apartado 3 del

³⁸ Por ejemplo, el asunto T-112/99, *Métropole télévision SA*, apartado 86; el asunto T-17/93, *MATRA*, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VVBV* y *VBBB*, apartado 61.

³⁹ Ello se deduce implícitamente del apartado 139 de la Sentencia *Matra*, asunto T-17/93, y el asunto 26/76, *Metro (I)*, apartado 43.

⁴⁰ Tomando en consideración que, como ha reconocido el Tribunal de Primera Instancia (asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods* y asunto T-112/99, *Métropole télévision*), sólo en el marco preciso del apartado 3 del artículo 81 se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean procompetitivos o anticompetitivos.

⁴¹ Esta disposición sólo se refiere expresamente a los productos, pero se aplica por analogía a los servicios. Sobre la misma, véanse, puntos 48 a 72 de las Directrices art. 81.3.

artículo 81 sea aplicable, necesariamente los efectos procompetitivos derivados del acuerdo deben superar a los anticompetitivos ⁴².

Todas las mejoras de eficiencia alegadas por las partes deberán justificarse de modo que puedan verificarse la naturaleza de las eficiencias, el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias, la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada, y cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia ⁴³.

La justificación de la naturaleza permitirá determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo ⁴⁴; la segunda permitirá comprobar que exista un vínculo causal suficiente entre el acuerdo restrictivo y las supuestas eficiencias ⁴⁵; y la tercera y la cuarta justificación permitirán comprobar el valor de las eficiencias alegadas, que en el contexto de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81 deben sopesarse con los efectos anticompetitivos del acuerdo ⁴⁶.

La segunda condición del apartado 3 del artículo 81 del TCE exige que se reserve a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante ⁴⁷. El factor decisivo de esta condición reside en la incidencia global sobre los consumidores de productos del mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores.

El concepto de «participación equitativa» supone que la participación en los beneficios debe, al menos, compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia observada con arreglo al apartado 1 del artículo 81, pues si para dichos

⁴² Los tipos de eficiencias enumeradas en el apartado 3 del artículo 81 constituyen categorías generales que pretenden abarcar todas las eficiencias económicas objetivas. En general, las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia.

Existe un considerable solapamiento entre las distintas categorías citadas en el apartado 3 del artículo 81, y un mismo acuerdo puede dar lugar a varios tipos de eficiencias. Aunque las Directrices art. 81.3 se refieren expresamente a las eficiencias de costes y de carácter cualitativo, por ser las más evidentes, ello no limita la posibilidad de recurrir a cualquier otra cuando ésta sea demostrable.

⁴³ Apartado 51 de las Directrices art. 81.3. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, la carga de la prueba de lo dispuesto en el apartado 3 recaerá en la empresa o empresas que invoquen la excepción.

⁴⁴ Esto significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Van den Bergh Foods* (DO L 246, de 4 de septiembre de 1998).

⁴⁵ Para que se cumpla esta condición, en general, las eficiencias deben ser resultado directo de la actividad económica que constituye el objeto del acuerdo.

⁴⁶ Dado que el apartado 1 del artículo 81 únicamente se aplica en caso de que el acuerdo tenga efectos negativos probables en la competencia y los consumidores (en el caso de las restricciones especialmente graves, estos efectos se dan por supuestos), las eficiencias alegadas deberán justificarse para poder verificarse. Las afirmaciones no justificadas deben ser rechazadas.

⁴⁷ Véanse apartados 83 a 104 de las Directrices art. 81.3. A efectos del apartado 3 del artículo 81 se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores, independientemente de que sean empresas o consumidores finales.

consumidores la situación empeora como consecuencia del acuerdo, la segunda condición del apartado 3 no se cumple ⁴⁸.

En otro tercio, según la tercera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar las eficiencias creadas por el mismo ⁴⁹. Lo decisivo es si el acuerdo es restrictivo y si cada una de las restricciones permite probablemente realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. Es decir, la cuestión no es si de no haber restricción no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos.

Para comprobar el cumplimiento de esta condición es preciso un doble examen tomando en consideración el contexto real en el que se aplica el acuerdo y el factor tiempo. En primer lugar, el acuerdo restrictivo en sí debe ser razonablemente necesario para obtener las eficiencias, lo que exige que las eficiencias sean específicas al acuerdo, esto es, que no exista otra manera económicamente viable y menos restrictiva de alcanzarlas.

En segundo lugar, una vez determinado que el acuerdo es necesario para generar las eficiencias, es preciso evaluar el carácter indispensable de cada restricción de la competencia derivada del mismo. En este contexto debe evaluarse si cada restricción es razonablemente necesaria a fin de generar las eficiencias. Una restricción es indispensable cuando su ausencia elimina o reduce sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo o hace mucho más improbable su obtención ⁵⁰.

Por último, según la cuarta condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Ello supone que la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos.

Tal primacía está justificada –por la Comisión ⁵¹– a partir de una serie de premisas. En primer lugar, el objetivo del artículo 81 del TCE es proteger el proceso de la competencia; en segundo lugar, hecho de que la rivalidad entre empresas constituye un factor fundamental de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación; y en tercer lugar, la eliminación de la competencia supone la interrupción de este proceso, y las eficiencias a corto plazo se ven superadas por las pérdidas a largo plazo que se derivan, entre otras cosas, de los gastos en que incurre el

⁴⁸ Si bien, no es obligatorio reservar a los consumidores una participación en cada una de las eficiencias observadas en relación con la primera condición, sino que basta que obtengan beneficios suficientes para compensar los efectos negativos del acuerdo restrictivo. Véase el apartado 48 de la sentencia *Metro* (I), asunto 26/76.

⁴⁹ Véanse, puntos 73 a 82 de las Directrices art. 81.3.

⁵⁰ Las partes deben justificar sus afirmaciones tanto sobre la naturaleza como sobre la intensidad de la restricción. La evaluación de soluciones alternativas debe atender a las mejoras reales y potenciales que aporte a la competencia la eliminación de una determinada restricción o el recurso a alternativas menos restrictivas. Cuanto más restrictiva sea la alternativa, más riguroso será el examen conforme a la tercera condición del artículo 81.3 del TCE.

⁵¹ Véanse, puntos 105 a 116 de las Directrices art. 81.3.

operador histórico a fin de mantener su posición (búsqueda de rentas), la mala distribución de recursos, la pérdida de innovación y el aumento de los precios.

Si se elimina o no la competencia a efectos de la última condición del apartado 3 del artículo 81 es cuestión que depende del grado de competencia que existiera antes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo restrictivo sobre la competencia, esto es, de la reducción de la competencia debida al acuerdo. Cuanto más debilitada se encuentre la competencia en el mercado de referencia, menor será la reducción ulterior necesaria para eliminarla a efectos del apartado 3 del artículo 81. Asimismo, cuanto mayor sea la reducción de la competencia ocasionada por el acuerdo, mayor será la probabilidad de que se elimine la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

La aplicación de la última condición del apartado 3 del artículo 81 requiere un análisis realista de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen sobre las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión, atendiendo tanto a la competencia actual como a la potencial.

Sólo cuando finalizado este análisis se concluye que el acuerdo restrictivo de la competencia no cumple las cuatro condiciones legales, a tenor del apartado segundo del artículo 81 del TCE, tales acuerdos podrán serán «nulos de pleno derecho».

2. Restricciones a la competencia en el contrato de franquicia

Cuando atendiendo a los aspectos fundamentales de un contrato éste no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma, tal y como tiene expresamente reconocido la jurisprudencia del TJCE ⁵² y la Comisión ⁵³.

De este modo en tanto que el objeto principal de un acuerdo no restrinja la competencia y, por tanto, no se incardine en el supuesto del artículo 81.1 del TCE, tampoco se aplica este precepto a las restricciones necesarias para la correcta ejecución del mismo, aunque –en abstracto– se tratasen de restricciones a la competencia –con el límite de la necesidad y la proporcionalidad–.

El contrato de franquicia tiene por objeto la transmisión temporal de un modelo de empresa. Como se observa, la principal operación contemplada en el acuerdo no es restrictiva de la competencia. Ahora bien, que el objeto del contrato no sea anticoncurrencial no significa que no pueda contener restricciones incompatibles con el apartado 1 del artículo 81 del TCE.

⁵² Véase, por ejemplo, el asunto C-399/93, *Luttikhuis*, apartados 12 al 14.

⁵³ Véase, punto 29 de las Directrices art. 81.3.

De hecho, el contrato de franquicia habitualmente incorpora cláusulas restrictivas de la competencia, algunas de las cuales tendrán la condición de «accesorias, necesarias y proporcionadas» y, por tanto, no entrarán en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del TCE –por ejemplo, las necesarias para la tutela de los derechos de propiedad intelectual–, mientras que otras, al no ser consideradas «ni accesorias, necesarias y/o proporcionadas», sí caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del TCE y, por tanto, para que el contrato de franquicia no sea declarado nulo de pleno derecho, la restricción que se impone deberá cumplir con las condiciones del artículo 81.3 del TCE.

La aplicación del concepto restricción accesoria debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a las ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto restricción accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia, pues ello se reserva al apartado 3 del artículo 81⁵⁴.

La consideración de que una restricción sea accesoria, necesaria y proporcionada al objeto no anticoncurrencial de una operación principal –el contrato– implica que dicha restricción, aun cuando pueda tipificarse en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del TCE, se le dispensa de someterse al régimen anticoncurrencial del artículo 81 del TCE.

A. Restricciones accesorias.

En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma⁵⁵.

Concretamente, una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por su parte, el carácter proporcional exige un cierto ajuste entre la causa y el efecto que habitualmente se materializa en el factor inversiones-tiempo⁵⁶.

De este modo, en tanto que el objeto principal de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones necesarias para el «buen funcionamiento» del mismo, tales como las obligaciones destinadas a proteger la uniformidad y la reputación del sistema de franquicias o el *know-how* del franquiciador.

⁵⁴ Apartado 107 de la Sentencia *Métropole télévision*, asunto T-112/99.

⁵⁵ Véase el apartado 104 de la Sentencia *Métropole télévision*, asunto T-112/99.

⁵⁶ Por ejemplo, en el asunto *TPS* (DO L 90, de 2 de abril de 1999) la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago.

Las Directrices 2000 elaboradas por la Comisión proporcionan una guía útil respecto a la interpretación del carácter accesorio, necesario y proporcionado de las cláusulas restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia.

Las Directrices parten de que los contratos de franquicia constan de licencias de derechos de propiedad intelectual –en adelante DPI– relativas a marcas o signos registrados y «conocimientos técnicos» –*know-how* en la versión inglesa, *savoir faire* en la francesa– para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios, las cuales ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes ⁵⁷.

Dada la importancia de los DPI en el seno de los acuerdos de franquicia, las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de una serie de obligaciones, relacionadas con los DPI, por ser accesorias al contrato de franquicia así como necesarias y proporcionadas para su correcta ejecución, las cuales en otro marco podrían reputarse anticoncurrenciales. Se trata de las cláusulas de no ejercer actividad comercial similar, las cláusulas de confidencialidad, las cláusulas de retorno, las cláusulas de tutela de los DPI, las cláusulas de restricciones de uso y las cláusulas de cesión ⁵⁸.

La primera se refiere a la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar, y la de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa. Se trata de una obligación negativa o de «no hacer» que limita la libertad del franquiciado a acceder al mercado y a competir en él.

⁵⁷ Además reconocen que, durante la vigencia del acuerdo, el franquiciador suele prestar al franquiciado asistencia comercial o técnica, como pueden ser servicios de contratación, formación, asesoría sobre propiedades inmobiliarias, planificación financiera, etc. Tanto la licencia de los DPI como la asistencia forman parte integrante del método comercial que se otorga en régimen de franquicia.

⁵⁸ Apartado 44 de las Directrices 2000: «Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con DPI son necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, están amparadas por el Reglamento de Exención por Categorías: (a) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; (b) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; (c) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; (d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; (e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; (f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia; (g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador».

La cláusula de confidencialidad ⁵⁹, también llamada de prohibición de divulgar u obligación de secreto ⁶⁰, es aquella en virtud de la cual el franquiciado se obliga respecto al franquiciador a no revelar a terceros los DPI puestos en su conocimiento tras la celebración del contrato de franquicia, en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público ⁶¹.

Otra cláusula a la que se le reconoce el carácter accesorio, necesario y proporcional dentro del seno de un contrato de franquicia es la relativa a la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia.

La cláusula de retorno está relacionada con las mejoras o perfeccionamientos técnicos que un franquiciado puede realizar en el *know-how* transmitido por el franquiciador ⁶², obligando a éste a transmitir a aquel las mejoras que ha obtenido respecto del *know-how* durante la explotación de la franquicia ⁶³.

Ésta es una cuestión de vital importancia, pues permitirá a todos los miembros de la red adaptarse más rápidamente, por la experiencia vivida por alguno de ellos, a las nuevas necesidades del mercado, dada la globalización del consumo, aumentando lógicamente su competitividad ⁶⁴.

⁵⁹ Sobre ello véase, MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, 1989, pág. 214 y ss.; FARRANDO MIGUEL, I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, 2001, pág. 42 y ss.; y para la franquicia en concreto, GALLEGO SÁNCHEZ, E. *La franquicia...*, cit., pág. 143 y 144; y KENFACK, H. *La franchise international*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse I, 1996, pág. 59 y ss.

⁶⁰ Es la *confidentiality clause or provision* de los países anglosajones.

⁶¹ La obligación de secreto fue justificada, desde la perspectiva anticoncurrencial, por la Comisión, ya en sus Decisiones de 9 de junio de 1972, caso *Davidson Rubber*, argumentando el interés de su propietario en que sus conocimientos y experiencia no sean comunicados a otra empresa distinta de la autorizada por él; y caso *Delta Chemie/DDD*, en el que se considera que la obligación de secreto forma parte del derecho del titular del *know-how* a disponer libremente del mismo, lo que confirma la esencialidad del secreto en el *know-how*. Concretamente, en el ámbito de la franquicia la cláusula de confidencialidad, fue admitida tanto por la Comisión, en sus Decisiones *Yves Rocher*, *Computerland*, *Servimaster* y *Campari* –las dos primeras para el ámbito de la franquicia de distribución, la tercera para la franquicia de servicios y la cuarta para la franquicia industrial–, como el propio TJCE, aunque de manera indirecta, en la sentencia *Pronuptia*.

⁶² Esta cláusula también es conocida como cláusula de retorno, *grant-back*, de *feed-back*, de *perfectionnement*, de *remontée d'informaions*, o *d'innovations*. Sobre ella véase, MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato...*, cit., pág. 284 y ss. En el concreto ámbito de la franquicia, GALLEGO SÁNCHEZ, E. *La franquicia...*, cit., pág. 144 y ss.

⁶³ Sobre su justificación anticoncurrencial se pronunció la Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1972, caso *Raymond Nagoya*, entendiéndose que la cláusula de retorno de conocimientos constituye una exigencia de la explotación del *know-how* a través de negocios jurídicos, pues siendo el *know-how* tecnología por naturaleza en continua evolución, el contrato de comunicación debe originar el establecimiento de un flujo de tecnología entre las partes que asegure el acceso a las innovaciones referidas al *know-how* y en el que ambas están interesadas.

⁶⁴ Si bien, no existe ninguna disposición legal en la que, a falta de pacto expreso, pueda fundamentarse esta obligación, de ahí la importancia de incluir la cláusula específica en el contrato. Véase, MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato...*, cit., pág. 284, nota 578. El autor analiza las dos posiciones existentes sobre la no existencia de un pacto expreso de retorno de las mejoras en el ámbito de las patentes.

La cláusula de retorno puede adoptar varias modalidades. La *assignment-back*, que obliga al franquiciado a «ceder» al franquiciador el derecho de propiedad industrial sobre las innovaciones, invenciones o mejoras conseguidas a partir del *know-how* franquiciado; o la de *license-back*, que obliga al franquiciado a conceder al franquiciador una licencia para la explotación del *know-how* o de los derechos de propiedad intelectual sobre las innovaciones, invenciones o mejoras conseguidas a partir del *know-how* franquiciado.

Las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de la *license-back*, siempre que no sea exclusiva, pero no de la *license-back* exclusiva ni de la *assignment-back*, que en el ámbito comunitario, aunque fuera del sistema de franquicia, han sido consideradas también como cláusulas contrarias al Derecho de la competencia ⁶⁵.

En cuarto lugar, la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los DPI cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores, es otra cláusula accesoria en el contrato de franquicia.

Su justificación radica en que franquiciador y franquiciado comparten el interés de que los DPI, propios del primero y explotados por el segundo, sean protegidos de modo tal que resulten inaccesibles para terceros, por lo que en tanto que es posible que el franquiciador que transmite los DPI al franquiciado no tenga capacidad suficiente para conocer cualquier violación de sus derechos que perjudique tanto a éste como a terceros integrantes de la red en el territorio del franquiciado es habitual que se obligue a éste a informar de las infracciones –que conociera– de los DPI cedidos mediante licencia y, en su caso, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores ⁶⁶.

Por su parte, las cláusulas de restricciones de uso se plasman en la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia. Su finalidad es evitar que el franquiciado use el *know-how* del franquiciador en cualquier actividad comercial sin compensar económicamente a éste. Se trata de una cláusula más genérica que la de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comer-

⁶⁵ Así se pronunció la Comisión en un asunto de licencia de derechos de obtenciones vegetales, caso *Rosas* de 31 de diciembre de 1985. En el mismo sentido se han pronunciado, MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato...*, cit., pág. 288; y para la franquicia en concreto, KENFACK, H. *La franchise...*, cit., pág. 52, nota 214. La misma posición se adopta en el Reglamento 772/2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología –art. 5.1– y en sus Directrices –puntos 108 y ss.–.

⁶⁶ Esta obligación, clásica del derecho *antitrust*, fue analizada por la Comisión en la Decisión de 23 de diciembre de 1977, caso *Campari*. En el mismo, los franquiciados se obligaban a informar al franquiciador de todas las violaciones del derecho de arca de las que tuvieran conocimiento y el franquiciador se reservaba el derecho de ordenar a los licenciarios el ejercicio de las correspondientes acciones frente a terceros infractores del derecho, otorgándoles a tal fin los poderes correspondientes. La Comisión estimaba que esta cláusula no integraba el supuesto del artículo 81.1, tomando en consideración que, según la información ofrecida por el propio franquiciador, la obligación de los franquiciados de comunicar todas las infracciones de las que tuvieran conocimiento no comprendía las importaciones en los territorios bajo licencia del producto original italiano o de los productos fabricados bajo licencia en otro Estado miembro.

cial similar, pues no se limita a actividades que entren en competencia con la actividad franquiciada, sino a cualquier actividad en general en la que sea posible obtener una ventaja competitiva respecto de los demás competidores gracias al uso ilegítimo del *know-how* del franquiciador⁶⁷.

En último lugar, la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador es –probablemente– la más conflictiva de las obligaciones reconocidas como accesorias, necesarias y proporcionadas al contrato de franquicia.

El contrato de franquicia ha sido considerado tradicionalmente como un contrato *intuitu personae* en base a la relación de confianza que debe existir entre el franquiciador y el franquiciado, o entre aquellos sujetos socios de la sociedad franquiciada cuando sea una persona jurídica⁶⁸. Ello se apoya en la cuidadosa selección que realizan el franquiciador y el franquiciado a la hora de decidir contratar con unos u otros, atendiendo a criterios no sólo económicos sino también personales.

Así, los contratos de franquicia suelen contener limitaciones a la libre transmisibilidad de los derechos derivados de los mismos, que impiden al franquiciado en muchas ocasiones ceder *inter vivos* la franquicia a terceros sin el consentimiento del franquiciador, aun cuando el potencial nuevo franquiciado que sustituyese al anterior cumpliera las características que el franquiciador viene exigiendo a los potenciales franquiciados con los que habitualmente contrata.

La justificación tradicional del derecho *antitrust* respecto al carácter accesorio, necesario y proporcional de dicha limitación estriba en su consideración como «absolutamente indispensable para proteger los conocimientos técnicos y la ayuda prestada por el cedente». Así se reconoció expresamente por la Comisión en el Considerando 12 de la Decisión *Servimaster*, de 14 de noviembre de 1988.

El sistema de franquicia es, por naturaleza, un sistema *intuitu personae*, esto es, atiende a las cualidades del potencial franquiciado, pero no es un contrato personalísimo, esto es, el franquiciador no contrata con A por ser A sino por las cualidades que *a priori*, y tras un largo proceso de negociación, considera que posee –*intuitu personae*–.

⁶⁷ El carácter accesorio de este tipo de estipulaciones ya venía recogido por el artículo 3.2 d) del Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, que –además– justificaba la posibilidad de mantener dicha obligación con posterioridad a la extinción del contrato. Con ello la Comisión seguía la línea iniciada en los «Considerando» 25 ii) de la Decisión *Pronuptia*, 40 de la *Yves Rocher* y 13 de la *Service Master*. La doctrina ha apuntado el problema que esta cláusula plantea en el supuesto de que el franquiciado fuera comerciante del sector antes de la incorporación a la red de franquicia y parte del *know-how* transmitido ya fuera dominado por éste antes de la comunicación. Véase, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato...*, cit., pág. 132.

⁶⁸ En nuestro ordenamiento jurídico, véanse, Sentencias de la AP de Barcelona de 12 de febrero de 2003, de Huesca de 20 de noviembre de 1998 y de La Rioja de 13 de julio de 1992, entre otras.

El problema que la legitimación *antitrust* de dicha limitación acontece en los ordenamientos europeos radica en que, a diferencia de algunos Estados de Norteamérica⁶⁹, no existen reglas fuera del derecho *antitrust* que corrijan las posibles situaciones de abuso por parte de los franquiciadores.

La necesidad de que un franquiciador deba prestar su consentimiento a la transmisibilidad de un contrato de franquicia tiene sentido por la especial naturaleza del contrato, pero presenta un efecto perverso que debería ser contrarrestado por normas específicas aplicables a los mismos.

Un sistema como el actual, sin regulación de la negativa del franquiciador a la cesión de la franquicia, supone un problema para el franquiciado que, por determinadas razones, desea abandonar la relación comercial, sin tener que asumir las consecuencias de la extinción del contrato. Ello por cuanto, aunque procediera a la búsqueda de un candidato que reuniese una serie de condiciones que, *a priori*, considera que serán admitidas por el franquiciador, con la finalidad de que se proceda a la sub-entrada del tercero en el contrato de franquicia, en última instancia será necesario el consentimiento de éste.

B. Acuerdos restrictivos de la competencia en el seno de un contrato de franquicia

La mayoría de las restricciones verticales sólo generan problemas de compatibilidad con el ordenamiento concurrencial si la competencia intermarca en el mercado relevante es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o ambos. Si la competencia intermarca es insuficiente, la protección de la competencia intermarca o intramarca adquiere importancia.

Por tanto, en la evaluación de las cláusulas o acuerdos restrictivos en el seno de un contrato de franquicia con arreglo al apartado 1 del artículo 81 del TCE resulta particularmente relevante la estructura del mercado en el que se hallen franquiciador y franquiciado⁷⁰.

El criterio elegido para determinar si una empresa dispone de cierto grado de poder de mercado y, por tanto, su participación en un acuerdo vertical es potencialmente peligrosa para la competencia, es la cuota de mercado. Atendiendo a la cuota de mercado se van a distinguir hasta tres escenarios distintos en relación con el derecho *antitrust* y el contrato de franquicia, cada uno de ellos con su propio régimen jurídico de nulidad.

En primer lugar, acuerdos por encima del umbral del 30% de cuota de mercado, en cuyo caso los acuerdos no estarán cubiertos por el Reglamento 2790/99, pero tampoco pesará sobre ellos la pre-

⁶⁹ Un estudio pormenorizado de las distintas normativas estadounidenses, con secciones dedicadas al análisis de la transferencia del contrato de franquicia en cada Estado de Norteamérica, véase, MICHAEL GARNER, W. *Franchise Desk Book: Selected State Laws, Commentary and Annotations*, ABA, 2001.

⁷⁰ Véase, en general, ARAUJO/ESCUADERO. «Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales», *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España* (dir. BENEYTO PÉREZ), Bosch, 2005, pág. 330.

sunción de ilegalidad ⁷¹, sino que será necesario un examen individual de las restricciones, primero, a la luz de la doctrina de las restricciones accesorias tal y como fue enunciada en la sentencia *Pro-nuptia*, para comprobar si la restricción cae en el ámbito del artículo 81.1 del TCE; y, en su caso, cuando se concluya que la restricción no es accesoria, necesaria y proporcionada, y se incardina en el artículo 81.1 del TCE, será necesario un segundo examen a la luz del artículo 81.3 del TCE ⁷².

Este mismo tratamiento está reservado para los acuerdos sometidos al Reglamento 2790/99 –acuerdos con una cuota de mercado de entre el 30% y el 15% (acuerdos *de minimis*)– que incluyan cualquiera de las cláusulas prohibidas por el artículo 4 y 5 del Reglamento ⁷³, o los acuerdos que por debajo del 15% incluyan alguna de las cláusulas a las que hace referencia el apartado 11 de la Comunicación *de minimis*, en tanto que en ambos casos la incorporación de alguna de las cláusulas expresamente prohibidas conlleva la pérdida de la exención, por categorías o por no afectación al comercio, operando el régimen de la carga de la prueba instaurado por el artículo 2 del Reglamento 1/2003⁷⁴.

En segundo lugar, se encuentran los supuestos sometidos al Reglamento 2790/99, éstos son, los que se encuentran por debajo del umbral del 30% pero por encima del límite impuesto a los acuerdos de menor importancia. Es lo que se conoce con *safe harbour* o recinto seguro.

Finalmente, en tercer lugar, se sitúan los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros, conocidos como acuerdos de *minimis* o de menor importancia.

⁷¹ La prohibición del apartado 1 del artículo 81 únicamente se aplica cuando, a partir de un análisis adecuado del mercado, puede concluirse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos probables en el mercado. Pero no basta para alcanzar tal conclusión que las cuotas de mercado de las partes superen los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis* de la Comisión. Apartado 24 de las Directrices art. 81.3.

⁷² Dentro de este grupo podría ocurrir que encontrásemos situaciones no sólo por encima del umbral del 30% sino incluso por encima del umbral de la posición de dominio, habitualmente 40% –aunque puede variar–, en cuyo caso, además, será necesario atender también al ilícito *antitrust* derivado del posible abuso. Con una cuota superior al 50% se presume que se ostenta una posición de dominio. Con una cuota igual o superior al 40% puede existir posición de dominio, pero no se presume. Con una cuota superior al 30% pero inferior al 40% excepcionalmente se considerará que existe posición de dominio.

⁷³ Tomando en consideración que en el actual sistema es necesario distinguir entre restricciones especialmente graves, que retiran el beneficio de la exención a todo el contrato –art. 4–, y restricciones que no quedan exentas automáticamente, sino sólo si cumplen determinados requisitos, las cuales no impedirán la aplicación de la exención al resto del acuerdo siempre que se trate de obligaciones separables del mismo –art. 5–. Es la regla de la divisibilidad establecida en los puntos 66 y 67 Directrices 2000. Véase, MARTÍNEZ LAGE/BROKELMANN. «El Nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: el Reglamento (CE) nº 2790/1999», *El Nuevo derecho comunitario y español de la competencia* (dir. BENEYTO PÉREZ), Bosch, 2005, págs. 89 y 91.

⁷⁴ «En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

a) Acuerdos excluidos del Reglamento 2790/99

Los acuerdos por encima del umbral del 30% de cuota de mercado, así como los que incorporen cláusulas que expresamente lleven aparejada la pérdida de la exención –ya sea de la exención por categorías o por no afectación al comercio entre los Estados miembros⁷⁵–, requieren del examen individual de licitud concurrencial.

Como hemos repetido, el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, sino que es precisa una evaluación individual, primero, del carácter accesorio de las restricciones y, segundo, concluido que se trata de un acuerdo restrictivo, de los efectos probables del acuerdo.

En el mismo sentido, el apartado 3 del artículo 81 no excluye *a priori* determinados tipos de acuerdos de su ámbito de aplicación. Por principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 pueden acogerse a la excepción⁷⁶, incluidos aquellos que su existencia haya conllevado la exclusión de la exención por categorías o por no afectación al comercio entre Estados miembros.

No obstante, será muy poco probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81⁷⁷, pues, por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen al menos las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81 –esto es, ni crean ventajas económicas objetivas ni benefician a los consumidores⁷⁸–.

b) Acuerdos sometidos al Reglamento 2790/99

El artículo 2 del Reglamento 2790/99 declara que, con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del TCE, el apartado 1 del artículo 81 del TCE no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución, siempre que, por un lado, se refieran a las condiciones en las que las

⁷⁵ Estas cláusulas se analizan en los apartados siguientes –véase *infra*–.

⁷⁶ Véase el apartado 85 de la Sentencia *MATRA*, asunto T-17/93.

⁷⁷ Apartado 46 Directrices art. 81.3. Si bien es cierto que en alguna ocasión excepcional el TJCE ha admitido alguna cláusula especialmente grave, como es la de fijación de precios de reventa, en el asunto 243/83, caso *Binon & Cie, S.A. versus Agence et Messageries de la Presse*, en cuyo Considerando 46 el Tribunal afirma que en el sector particular de la prensa, la fijación vertical del precio de reventa podría ser eximida en virtud del artículo 85.3 del TCE –actual 81.3–, si éste fuese el único medio para el editor de financiar las devoluciones de los ejemplares no vendidos y si esta práctica fuera el único medio de ofrecer una amplia gama de diarios al público.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, el asunto T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties en Bouwnijverheid*.

partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ⁷⁹, y, por otro, tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE ⁸⁰.

Esta exención se aplicará también a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, siempre y cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año ⁸¹.

Igualmente, la exención se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. Se trata de las cláusulas que constituyen restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas analizadas *supra*.

Ahora bien, en estos casos, la exención se aplicará a condición de que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no están exentas con arreglo a los artículos 4 y 5 del Reglamento 2790/99 –véase *infra*–.

Por su parte, con carácter general, la exención no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras ⁸², salvo cuando las empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco ⁸³ y el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o, en último caso, el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

En otro tercio, junto a la exclusión de la exención por categorías a determinados acuerdos, artículo 2 del Reglamento 2790/99, éste prevé la no aplicación de la exención a determinados acuerdos verticales sometidos al mismo, como es el caso de la franquicia, por el hecho de incorporar determi-

⁷⁹ Es decir, a los acuerdos verticales entre los que se incluye el contrato de franquicia.

⁸⁰ Esto es, restricciones verticales.

⁸¹ Sin perjuicio de la aplicación del artículo 81 a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación.

⁸² Igualmente no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, como es el caso de los acuerdos de distribución y de servicio de venta y posventa de vehículos automóviles, y de los acuerdos de transferencia de tecnología.

⁸³ Las Directrices 2000 aclaran que por acuerdos no recíprocos han de entenderse aquellos en los que, por ejemplo, un fabricante es el distribuidor de los productos de otro fabricante sin que este último sea el distribuidor de los productos del primero –punto 27–.

nadas cláusulas u obligaciones restrictivas de la competencia «especialmente graves», aunque no se supere el umbral de cuota de mercado.

En el actual sistema *antitrust* de los acuerdos verticales es necesario distinguir entre restricciones que *per se* son consideradas como especialmente graves, conocidas como «lista negra o cláusulas negras» (art. 4 Reglamento 2790/99); y restricciones que, aunque graves, no quedan exentas automáticamente, sino sólo si cumplen determinados requisitos, conocidas como «lista gris o cláusulas grises» (art. 5 Reglamento 2790/99).

Las primeras conllevan la pérdida de la exención de modo absoluto, esto es, su inclusión en el contrato retiran el beneficio de la exención por categorías a todo el contrato por su mera presencia; mientras que las segundas, primero, se las considera anticoncurrenciales sólo si no cumplen determinados requisitos y, segundo, su incorporación en el contrato, en caso de que no se cumplan los requisitos legalmente exigidos, no acarreará la inaplicabilidad del Reglamento 2790/99 a la integridad del acuerdo sino sólo a la concreta restricción, esto es, la presencia de una cláusula gris no impedirá la aplicación de la exención al resto del acuerdo siempre que se trate de obligaciones separables del mismo –regla de la divisibilidad⁸⁴–.

El hecho de que se establezca un sistema de listas negras y grises parece conllevar que en aquellos contratos de franquicia que por cuota de mercado estén sometidos al Reglamento 2790/99 y no incorporen ninguna cláusula recogida en las «listas» se podrá imponer cualquier otro tipo de obligación sin perder por ello el beneficio de la exención por categorías.

La regla de la divisibilidad tiene un especial significado en materia de nulidad del contrato de franquicia. La incorporación de una cláusula negra conlleva la pérdida del beneficio de la exención por categorías a todo el contrato, si bien, como hemos venido repitiendo, ello no significa que el contrato sea automáticamente «nulo de pleno derecho». Cuando finalizado el examen preceptivo se concluye que la restricción de la competencia no cumple las condiciones para su licitud concurrencial el contrato de franquicia podrá ser declarado «nulo de pleno derecho» –con la matización que se expondrá a continuación–.

En cambio, la incorporación de una cláusula gris, por un lado, si se cumplen los requisitos exigidos por el Reglamento 2790/99 no conlleva la pérdida de la exención; y, por otro, si no se cumplen los requisitos, y se superan los límites impuestos por la norma, su utilización tampoco conlleva la pérdida de la exención a todo el contrato sino sólo a la concreta restricción anticoncurrencial, siempre que ésta sea separable del resto del contrato –esto es, que su no presencia no desnaturalice la figura contractual, en nuestro caso la franquicia–. Ello supone que, en caso de que el contrato contenga alguna cláusula gris anticoncurrencial, no será el contrato en sí sino únicamente la restricción concreta la que deberá ser analizada a la luz de los artículos 81.1 y 81.3 del TCE. Y, en caso de concluir que la restricción no cumple las condiciones para su legalidad concurrencial en virtud del artículo 81.3 del TCE, la declaración de nulidad de pleno derecho afectará únicamente a la concreta obligación.

⁸⁴ Véanse, puntos 66 y 67 Directrices 2000. MARTÍNEZ LAGE/BROKELMANN. *El nuevo tratamiento...*, cit., págs. 89 y 91.

El efecto de la inclusión de estos pactos será que la cláusula se tendrá por no puesta: nulidad parcial⁸⁵ o regla de la divisibilidad, que recoge el viejo principio de *favor negotii* aplicado al Derecho de la competencia. La regla de la divisibilidad implica necesariamente la divisibilidad o separabilidad del pacto nulo del resto del acuerdo, ya que de otro modo la nulidad afectaría al conjunto del acuerdo⁸⁶.

Pese a que la regla de la divisibilidad, en principio, no opere en el caso de las cláusulas negras, no obstante, no puede desconocerse la posición del TJCE respecto a la nulidad de los contratos por la realización de un ilícito *antitrust*⁸⁷. En coherencia con la finalidad de la norma y del principio de *favor negotii*, con carácter general, la nulidad *antitrust* afecta únicamente a los elementos del contrato que sean contrarios al artículo 81.1 del TCE, salvo que no sea posible su separación del resto del contenido no viciado, incluso en el caso de las cláusulas negras. Se trata, por consiguiente, de una nulidad parcial cuyas consecuencias habrá que determinar conforme al Derecho nacional que resulte aplicable. Así, en la Sentencia *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*, asunto 56/65, de 30 de junio de 1966, el TJCE dejó claro que «la nulidad de pleno derecho de un acuerdo en el sentido del artículo 81.2 del TCE se aplica sólo a los elementos del acuerdo incursos en la prohibición, o al acuerdo en su conjunto si estos elementos no aparecen separables del acuerdo mismo. Todas las demás disposiciones contractuales no afectadas por la prohibición no dependen del Derecho comunitario».

La regla de la divisibilidad propugnada por las Directrices 2000 debe interpretarse en el sentido de que en caso de incorporar al contrato de franquicia una cláusula negra todo el contrato queda viciado, pierde el beneficio de la exención y, por tanto, queda sometido al examen del artículo 81 del TCE. Aunque únicamente se podrán declarar nulas de pleno derecho aquellas cláusulas que constituyan restricciones a la competencia y no todo el contrato –salvo que no sean restricciones separables–. Mientras que en el caso de las cláusulas grises al examen de licitud concurrencial del artículo 81 del TCE únicamente se somete la cláusula restrictiva en cuestión y no todo el contrato de franquicia. Ello presenta la ventaja de que en caso de analizar conjuntamente todo el contrato es más fácil encontrar restricciones por la interacción o retroalimentación de todo el contenido del contrato que si únicamente se examina una cláusula aisladamente.

a) Cláusulas negras

El Reglamento 2790/99 incluye en su artículo 4 una lista de restricciones «especialmente graves» que conducen a la exclusión de todo el acuerdo vertical del beneficio de la exención por categorías, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas.

⁸⁵ LÓPEZ FRÍAS, A.M. «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», *ADC*, vol. 43, núm. 3, 1990, pág. 851 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R. *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad, 1995.

⁸⁶ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. *Acuerdos verticales...*, cit., pág. 136.

⁸⁷ Entre otras, «*Société technique minière/Maschinenbau Ulm*», asunto 56/65; *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64; *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71; y *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*, asunto 319/82.

El precepto recoge cinco restricciones de las cuales sólo tres rigen en materia de contrato de franquicia. En particular, el precepto recoge restricciones clásicas del derecho *antitrust* como los precios de reventa mínimos y fijos –apdo. a)–, determinados tipos de protección territorial –apdo. b)–, y la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes –apdo. e)–. Las otras dos restricciones a las que se refiere el precepto son específicas del sistema de distribución selectiva –apdos. c) y d) ⁸⁸–.

La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador (franquiciado) de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor (franquiciador) pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes ⁸⁹.

La posibilidad de fijar los precios de venta de los productos o servicios se ha visto por el sector de la industria como un instrumento fundamental para lograr una uniformidad en los precios de sus productos con independencia de quien los distribuya, como un modo de asegurarse unos determinados beneficios, cuando su contraprestación consiste en un porcentaje de los obtenidos por los distribuidores, e incluso se ha defendido la facultad de imponer precios de venta con la finalidad de mantener el prestigio de su marca ⁹⁰.

No obstante, parece que la fijación de precios no sólo mermará la libertad empresarial de una de las partes, sino que puede –además– afectar a la libre circulación de mercancías por cuanto que la uniformidad de precios excluiría la viabilidad de las importaciones paralelas. Por ello, la libertad en la determinación de los precios debe constituir uno de los factores básicos de la competencia.

⁸⁸ «La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: c) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado; d) la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio».

⁸⁹ La fijación de precios de venta, en Estados Unidos, es habitualmente objeto de numerosas resoluciones jurisprudenciales. Así, centrándonos en los últimos cinco años, pueden consultarse, *Ozark Heartland Electronics Inc. v. Radio Shack*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,256 (8th Cir. Feb. 1, 2002); *First Med Representatives, LLC v. Futura Medical Corp.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,342 (E.D. Mich. Mar. 18, 2002); *Schwartz v. Sun Co., Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,235 (8th Cir. Jan. 16, 2002); *ARCO Products Co. v. Stewart and Young Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,409 (9th Cir. Sep. 5, 2002); *NWS Michigan, Inc. v. General Wine and Liquor Co., Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,511 (6th Cir. Feb. 6, 2003); y *Dagher v. Saudi Refining Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,838 (9th Cir. June. 1, 2004; entre otros. Sobre todos estos asuntos puede consultarse, COLEMAN/SCHUMACHER. *Annual Franchise and Distribution Law Developments*, ABA, años 2002, 2003, 2004 y 2005.

⁹⁰ En este sentido, véase, FRIGNANI, A. *Il franchising*, UTET, 1990, pág. 143 y ss.; DE COCKBORNE, J.E. «La franquicia y las normas de la DEE sobre la competencia», *Noticias CEE*, núm. 62, pág. 60; y SOLER MASOTA, P. «Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)», *RGD*, núm. 618, 1996, pág. 227 y ss.

La restricción especialmente grave contemplada en la letra b) del artículo 4 del Reglamento 2790/99 se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la consecución de una protección territorial absoluta, es decir, aquellos que pretendan ofrecer al distribuidor una protección territorial exclusiva, impidiendo las ventas pasivas de otros distribuidores y el comercio paralelo de productos ⁹¹.

Esta restricción puede ser consecuencia de obligaciones directas, que no ofrecen lugar a duda, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios, así como la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. Pero, al igual que en la restricción anterior, también puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes ⁹².

Si bien, se establecen cuatro excepciones a esta regla general de prohibición de restricciones de territorialidad. Concretamente, no se consideran restricciones especialmente graves (1) la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador; (2) la restricción de ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor; (3) la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva; y (4) la restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor.

Por su parte, la restricción especialmente grave contemplada en la letra e) del artículo 4 del Reglamento 2790/99 se refiere a los acuerdos entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes, que impiden o restringen a los usuarios finales, los reparadores

⁹¹ Véanse, puntos 49 a 52 de las Directrices 2000. La Comisión muestra su bagaje sobre la materia y enumera una lista ejemplificativa de restricciones de territorialidad directas e indirectas.

⁹² Sobre las restricciones territoriales en Estados Unidos, entre otros, GLICKMAN, G. *Franchising*, LexisNexis, 1969-2006, pág. 4.03(2) 4-7. Las restricciones territoriales y respecto a la clientela ha sufrido un movimiento pendular en la práctica jurisprudencial estadounidense. Desde el asunto *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963) –primer caso en que la Corte Suprema resolvió la cuestión de las restricciones territoriales verticales– hasta el caso *United States v. Arnold Schwinn*, 288 U.S. 367 (1967), estas restricciones eran enjuiciadas a la luz de la *Rule of Reason*, no constituyendo *per se violation* de la *Sherman Act*.

Sin embargo, en el caso *Schwinn* la Corte Suprema cambia de rumbo y entendió que la venta por parte de un fabricante a sus distribuidores, cuando éstas están sujetas a restricciones territoriales respecto a la reventa, constituía una *per se violation* de la *Sherman Act* –sobre la misma, ZIMMERMAN, E.M. «Distribution restrictions after Sealy an Schiwin», *Antitrust Bulletin*, 1967, pág. 1.165 y ss.; POSNER, R.A. «Antitrust policy and the Supreme Court: analysis of the restricted distribution, horizontal merger and potencial competition decisions», *Columbia law journal*, 1975, pág. 282 y ss.–.

Tras una década, en 1977, la Corte Suprema volvió a su primera posición en el conocido caso *Continental TV v. Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), rompiendo la línea mantenida y reestableciendo la *Rule of Reason* como método de análisis de la legalidad de estas restricciones –sobre este asunto, por todos, POSNER, R.A. «The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decisión», *The University of Chicago Law Review*, 1977, pág. 1 y ss.; y ZIEDMAN, P.F. «Antitrust law: legal problems in the life cycle of a franchise», *Antitrust law journal*, 1981, pág. 855. Sobre las consecuencias y las sentencias «post-Sylvania», JOSEPH/ABRAAMS. «Antitrust law», *Fundamental of franchising* (dir. BARKOFF/SELDEN), ABA, 2004, pág. 240 y ss. (especialmente 241 a 244).

independientes y los proveedores de servicios el acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante de las mismas.

El Reglamento 2790/99 permite restringir la venta de componentes por parte del comprador a competidores del proveedor –apdo. b) del art. 4–, pero prohíbe restringir la posibilidad del proveedor de suministrar los componentes a reparadores independientes y a usuarios finales –apdo. e) del art. 4–.

La posibilidad de limitar la reventa de componentes dependerá, por tanto, del destino de las piezas. Así, se aplicará el apartado e) cuando su función sea la de pieza de recambio y la restricción haya sido impuesta al proveedor, mientras que se aplicará el apartado b) cuando el comprador revenda los componentes a efectos de su inclusión en productos que compitan con los del proveedor.

Partiendo de esta base, los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos –fabricante de equipo original– no pueden impedir o restringir, ya sea directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del fabricante a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Esta práctica crearía un monopolio en el acceso a los servicios de reparación y asistencia post-venta que no podría enmarcarse dentro de los fines del TCE.

b) Cláusulas grises

Se tratan de aquellas restricciones que, por una parte, no quedan automáticamente exentas sino que, para ello, deben cumplir determinados requisitos; y que, en caso de que no cumplan las condiciones necesarias para la exención, la pérdida de este beneficio no contamina a todo el contrato, al que sigue aplicándose el Reglamento 2790/99, siempre y cuando dicha parte sea separable del resto del contrato.

Concretamente, el artículo 5 del Reglamento 2790/99, establece tres cláusulas grises. Las dos primeras aplicables a todos los acuerdos verticales –incluido la franquicia–: la cláusula de aprovisionamiento exclusivo⁹³ y la prohibición de competencia post-contractual⁹⁴; y una tercera, exclusiva del sistema de distribución selectiva: la prohibición de venta de marcas competidoras. Nos referiremos únicamente a las que rigen en materia de contrato de franquicia.

⁹³ En los Estados Unidos las restricciones respecto a las fuentes de aprovisionamiento no constituyen *per se violations*, aunque pueden ser declaradas ilícitas a la luz de la *Rule of Reason*, cuando determinen un efecto anticompetitivo relevante. Véanse, entre otros, *Colorado Puma and Suplly Co. v. Febco, Inc.*, 472 F.2d 637 (10th Cir. 1973); *Pitchford v. Pepsi Inc.*, 531 F.2d 92, 1000-1 (3d Cir. 1975); y *Smith Mach. Corp. v. Heston Corp.*, 878 F.2d 1290 (10th Cir. 1989).

⁹⁴ Estas restricciones, en los Estados Unidos, son enjuiciadas como *vertical non-price restraints* bajo la *Rule of Reason*. Con carácter general, para que el acuerdo sea considerado lícito desde la perspectiva concurrencial debe pasar el test o prueba siguiente: primero, la restricción ¿protege los intereses legítimos del franquiciador?; y segundo, el ámbito de la restricción ¿es razonable –proporcional– a la vigencia, territorio y actividad?. Ver, entre otros, los casos *Ungar v. Dunkin's Donuts of America, Inc.*, 531 F.2d 1211 (3d Cir. 1976); *Capital Temps., Inc. v. Obsten Corp.*, 506 F.2d 658 (2d Cir. 1974); *Postal Instant Press v. Jackson*, 658 F.Supp. 739, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 8844 (D. Colo. 1987); y *Joyce Beverages of New Cork, Inc. v. Royal Crown Cola Co.* 555 F.Supp. 271 (S.D.N.Y. 1973). Para un detenido análisis de las cláusulas de no competencia Estado por Estado, KLARGELD, P.J. *Covenats against competition in franchise agreements*, ABA, 2003.

La primera exclusión que se contempla en la letra a) del artículo 5 se refiere a las obligaciones que exigen que el comprador (franquiciado) adquiera al proveedor (franquiciador), o a otra empresa que éste designe, más del 80% del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos durante el año precedente, excluyendo la posibilidad de que el franquiciado adquiera bienes o servicios de la competencia o limitando tales compras a menos del 20% del total de sus compras.

Estas cláusulas, en tanto que cláusulas grises, estarán exentas si cumplen tres requisitos cumulativos –los dos primeros expresamente recogidos por el precepto y el tercero implícito–: Primero, que su duración sea igual o inferior a cinco años; Segundo, que su renovación tras un período de cinco años se realice mediante autorización explícita de ambas partes; Y, tercero, que no haya obstáculos que impidan al franquiciado dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del período de cinco años.

Por su parte, no estarán cubiertas por el Reglamento 2790/99 si su duración es indefinida o superior a cinco años, si son renovables tácitamente tras un período de cinco años, si se detecta que hay obstáculos que impiden al franquiciado dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del período de cinco años.

No obstante, no se trata de una prohibición absoluta sino que el propio Reglamento 2790/99 recoge una excepción legal a esta prohibición general. El plazo máximo de cinco años no se aplica si el franquiciado revende los bienes o servicios desde locales y terrenos que sean propiedad del franquiciador o estén arrendados por el franquiciador a terceros no vinculados con el franquiciado, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos. Esta excepción tiene su razón de ser en que no parece que resulte razonable esperar que un franquiciador permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso ⁹⁵.

La letra b) del artículo 5 se refiere a las cláusulas de no competencia post-contractual. Éstas están cubiertas por la exención si cumplen también tres requisitos cumulativos: Primero, la obligación prohibición debe ser indispensable para proteger los conocimientos técnicos (*know-how*) transferidos por el franquiciador al franquiciado; Segundo, se circunscriba al punto de venta desde el que el franquiciado haya operado durante el período contractual; Y, tercero, se limite a un período máximo de 1 año.

Centrándonos en el límite máximo, la norma institucionaliza legalmente el «plazo razonable» que utilizó la Comisión en la Decisión de 17 de diciembre de 1986, caso *Pronuptia* ⁹⁶. En ella estimó que era razonable una prohibición post-contractual de un año ⁹⁷.

⁹⁵ Se trata de una operación muy común en las grandes empresas franquiciadoras, sobre todo de origen estadounidense. Si bien, no pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.

⁹⁶ Punto 25.i.a. En este sentido parece que, a criterio de la Comisión, en la mayoría de los casos el plazo de un año parece razonable para que el franquiciador pueda nombrar un nuevo franquiciado y para que éste pueda iniciar su actividad.

⁹⁷ En el mismo sentido se pronunció nuestro TDC en su Resolución de 18 de julio de 1995, en la que consideró razonable como plazo post-contractual de no competir el máximo de un año.

Esta medida se justifica por cuanto se considera necesario conceder al franquiciador un «período razonable» para que pueda buscar, seleccionar y formar un nuevo franquiciado, debiendo darle tiempo también al nuevo franquiciado para implantarse en el territorio del antiguo franquiciado –Decisión *Computerland*⁹⁸–.

Ello significa que, aunque el plazo de un año se considerará razonable como regla general, éste puede variar según el caso. Esta idea también subyacía en el caso *Pronuptia* en el que se consideraba razonable el plazo de un año, a no ser que se hubiera explotado la actividad por el franquiciado durante más de 10 años, hubiera respetado éste sus obligaciones contractuales y no beneficiara con ello a una red competidora.

Esto significa que la imposición de un plazo superior a un año de competencia post-contractual conllevará la pérdida de la exención de la cláusula, pero no en pocas ocasiones tendrá que reconocerse que un plazo superior puede, en atención a las concretas circunstancias del caso, ser necesario y proporcionado, debiendo calificar la medida como accesorio y, por tanto, no restrictiva de la competencia⁹⁹.

c) Acuerdos *de minimis* o de menor importancia

Para analizar el régimen de los contratos de franquicia que, por cuota de mercado, no restringen la competencia de forma sensible es necesario acudir a la Comunicación de la Comisión, de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE¹⁰⁰ (*de minimis*¹⁰¹).

Se considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de «forma sensible» en el sentido del apartado 1 del artículo 81: Primero, cuando la cuota de mercado conjunta de franquiciador y franquiciado no exceda del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos

⁹⁸ Decisión *Computerland*, punto 22.iii.

⁹⁹ En algunos Estados estadounidenses se considera razonable la imposición al franquiciado de un plazo de competencia post-contractual de hasta dos años. Así se ha pronunciado, por todos, la *Supreme Judicial Court de Massachusetts* en la Sentencia de 1 de octubre de 2004, caso *Boulanger v. Dunkin's Donuts Inc.*, 815 N.E. 2d 572 (Mass. 2004).

¹⁰⁰ Tanto la Comisión como el propio TJCE habían aclarado que el artículo 81.1 no era aplicable cuando los efectos sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no fuesen «sensibles». Es posible que los acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 81, tal y como se entendió, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96 *Carlo Bagnasco/Banca Popolare di Novara y Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*.

¹⁰¹ Sobre la figura de los acuerdos *de minimis*, por todos, FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia», *ADI*, tomo 15, 1993, pág. 153 y ss.; GARCÍA CACHAFEIRO, F. «La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia», *ADI*, tomo 18, 1997, pág. 1.023 y ss.; y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. «Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, pág. 43 y ss.

entre competidores); Segundo, cuando la cuota de mercado individual de franquiciador o franquiciado no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores) ¹⁰² —éste es el supuesto más habitual en el que se enmarcarán los contratos de franquicia—; Y, tercero, cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado quedarán reducidos al 5%, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores ¹⁰³.

Que se considere que estos contratos no afectan al comercio entre Estados miembros, ello no significa una libertad absoluta para las partes, pues la exención por no afectación a la competencia no se aplicarán a los acuerdos que contenga una serie de restricciones especialmente graves —es decir, se perderá el beneficio de la exención por no afectación—.

En estos casos será necesario —como hemos venido exponiendo— un examen individual a la luz del artículo 81 del TCE, sin perjuicio de que sea poco probable que se entienda que tales restricciones a la competencia cumplan con las cuatro condiciones del artículo 81.3 del TCE.

En caso de acuerdos entre competidores se considerarán restricciones especialmente graves —perdiendo la exención por no afectación— las que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas, y/o el reparto de mercados o clientes ¹⁰⁴.

Por su parte, en acuerdos entre no competidores, se consideran restricciones especialmente graves las que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto una o más de las siguientes tres restricciones:

Primera, la restricción de la facultad del franquiciado de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el franquiciador pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

¹⁰² En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10%.

¹⁰³ En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30% de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares. Igualmente se estima que los acuerdos no restringen la competencia si las cuotas de mercado del 10, 15 y 5%, respectivamente, registran un incremento inferior a dos puntos porcentuales durante dos años naturales consecutivos.

¹⁰⁴ Sobre estas restricciones puede consultarse el análisis realizado *supra*.

Segunda, la restricción del territorio en el que el franquiciado pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto: en primer lugar, la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al franquiciador o asignados en exclusiva por éste a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del franquiciado; en segundo lugar, la restricción de ventas a usuarios finales por un franquiciado que opere a nivel de comercio al por mayor; y, en tercer lugar, la restricción de la capacidad del franquiciado de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el franquiciador ¹⁰⁵.

Y, finalmente, la restricción acordada entre un proveedor de componentes (franquiciador) y un comprador (franquiciado) que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos.

3. Características de la nulidad del contrato de franquicia por la realización de un ilícito antitrust

De acuerdo con el apartado segundo del artículo 81 del TCE, los acuerdos y decisiones entre empresas o asociaciones de empresas prohibidos de acuerdo con el artículo 81 del TCE son nulos de pleno derecho. Mediante esta disposición, el propio Derecho comunitario determina las principales consecuencias jurídicas civiles que supone infringir la prohibición ¹⁰⁶.

La nulidad prevista en el apartado segundo del artículo 81 del TCE impide que los acuerdos –y decisiones– incompatibles con el artículo 81 del TCE produzcan los efectos jurídicos contemplados por los participantes. Tales acuerdos no vinculan ni a las partes ni a los miembros de la asociación de empresas, y tampoco se pueden hacer valer frente a terceros ¹⁰⁷. No existen, por tanto, recursos jurídicos que permitan invocar su validez.

La nulidad derivada del ilícito *antitrust* se produce automáticamente y con efectos *ex tunc* desde el momento en que se concluye el acuerdo contrario al artículo 81 del TCE ¹⁰⁸, es decir, produce efectos retroactivos, presentes y futuros y puede afectar, por ello, a todos los efectos, pasados

¹⁰⁵ También se recoge una especificidad para los sistemas de distribución selectiva, concretamente, la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva.

¹⁰⁶ Las consecuencias indirectas de Derecho privado de la acción contraria a la prohibición, es decir, las acciones declarativas, de cesación y de resarcimiento de daños y perjuicios dependen del derecho de los Estados miembros.

¹⁰⁷ Apartado 29 de la Sentencia del TJCE *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71.

¹⁰⁸ Sobre la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, Sentencia del TJCE –*SA Brasserie de Haecht contra Wilkin-Janssen*–, de 6 de febrero de 1973, asunto *Haecht II*.

o futuros, del acuerdo que se trate, sin que sea necesaria, como establece el artículo 1.1 del Reglamento 1/2003, la previa declaración judicial de nulidad. Por lo tanto, no puede prescribir y el derecho a acogerse a ella también es imprescriptible.

En cuanto a su contenido, el alcance de la nulidad no puede ser más amplio que la prohibición a la que se aplica. En consecuencia, sólo afecta a los aspectos del acuerdo o decisión cuyo objeto o efecto estriba en limitar la competencia en el mercado común¹⁰⁹, y ello con la condición suplementaria de que el acuerdo pueda afectar el comercio entre Estados miembros. Esta última condición no debe ser cumplida por cada una de las cláusulas restrictivas de competencia¹¹⁰.

Los contratos, como hemos visto, están incluidos íntegramente en el ámbito de aplicación del artículo 81 del TCE cuando su parte prohibida y, por consiguiente, nula, forma junto con las otras una entidad indisociable¹¹¹. A este respecto, no se trata de preguntarse sobre la capacidad de supervivencia de las partes del contrato que, consideradas aisladamente, no suscitan reservas, sino sobre su relación con las partes del acuerdo o de la decisión que limitan la competencia.

Cuando, con arreglo al apartado 2 del artículo 81, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del derecho de los Estados miembros¹¹². En este punto son determinantes las disposiciones nacionales relativas a la nulidad parcial de los actos jurídicos.

Por todo ello, como conclusión, puede afirmarse que la nulidad fijada por el apartado segundo del artículo 81 equivale a una invalidez pura y simple, de carácter absoluto y a la que todo el mundo puede acogerse a ella¹¹³.

III. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA POR FALTA DE OBJETO

La nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto es una de las cuestiones que mayor número de pronunciamientos judiciales está ocasionando en los últimos años en nuestro ordenamiento.

¹⁰⁹ Varias han sido las sentencias del TJCE que así se han pronunciado, entre otras, *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*, asunto 56/65; *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64; *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71; y *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*, asunto 319/82.

¹¹⁰ Véanse, apartados 95 a 97, *Windsurfing International/Comisión*, asunto 193/83; y *Erauw-Jacquery/ La Hesbignonne*, asunto 27/87, apartado 16.

¹¹¹ En este sentido, *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*, asunto 56/65; y, *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64.

¹¹² Véanse, *VAG France/Magne*, asunto 10/86; *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*; y *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*.

¹¹³ Véanse, apartado 11 de la Sentencia del TJCE *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*, asunto 319/82; la anteriormente citada Sentencia *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*; y, más recientemente, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, asunto C- 453/99, apartado 22.

La nulidad del contrato por falta de objeto debe ser predicada en los casos de franquicia vacía, esto es, en aquellos en los que sea imposible reconocer un modelo de empresa ejecutable en la realidad de modo económicamente rentable ¹¹⁴. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de las AP de Madrid, de 21 marzo de 2005; de Barcelona de 21 de septiembre de 2004; de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003; de Asturias de 22 de enero de 2001, y de Barcelona de 10 de mayo de 2000.

Para determinarlo será preciso recurrir a un análisis objetivo respecto a la idoneidad del modelo de empresa para ser ejecutado en la realidad de un modo económicamente rentable, pues –como mantiene la jurisprudencia– la ausencia de algunos de los elementos esenciales del modelo de empresa típicos de la franquicia conllevará la nulidad del contrato por falta de objeto –Sentencia de la AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003–. Esta postura jurisprudencial, sin ser equivocada, parece que deba ser matizada a la vista de las soluciones que están adoptando las Audiencias.

Con carácter general, para poder decretar la nulidad por falta de objeto es requisito ineludible, como expresamente recoge la Sentencia de la AP de Madrid, de 21 marzo de 2005 –para el caso del contrato de franquicia–, que éste sea incierto, imposible e indeterminado ¹¹⁵.

En el caso del contrato de franquicia el objeto del mismo es definido de distinta manera por la doctrina ¹¹⁶ y la jurisprudencia ¹¹⁷. Mientras que la primera, en los últimos años y tras la consolidación y evolución de la postura mantenida por la jurisprudencia norteamericana –cuyo principal exponente es la Sentencia del Tribunal de Apelación, del cuarto circuito, caso *Principe versus Mc Donald's Corporation*, 1980-2 *Trade Cas.*, sección 63,556– define el contrato de franquicia como aquel que tiene por finalidad la transmisión temporal de un modelo de empresa ¹¹⁸; la segunda, se mantiene en la clásica definición del contrato –que arrastra de los primeros textos legislativos¹¹⁹– en atención a algunos de los elementos que lo componen.

Independientemente de uno u otro proceder lo que resulta unánime es que los elementos esenciales del contrato que componen el objeto del mismo son: 1. La cesión al franquiciado del uso de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador; 2. La comunicación al franquiciado del *know how* o «saber hacer»; y 3. La prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica –Sentencia de la AP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004–.

¹¹⁴ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 298.

¹¹⁵ Sobre estas características del objeto del contrato, en general, véase nota 7.

¹¹⁶ Existen múltiples nociones de franquicia en la doctrina científica dado que, pese a ser un contrato relativamente reciente, la complejidad propia del mismo ha despertado el interés de ésta que lo ha venido analizando partiendo desde diferentes planteamientos, que en cierta medida representan la evolución que el propio contrato ha ido sufriendo. Sobre ello, RUIZ PERIS, J.I. *Los tratos...*, cit., pág. 62 y ss.

¹¹⁷ Por todas, Sentencias del TS de 4 de marzo de 1997 y de la AP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004.

¹¹⁸ Véase nota 8.

¹¹⁹ Especialmente el derogado Reglamento núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988.

En consecuencia, la ausencia de alguno de estos elementos, que son prestaciones principales del franquiciador –con carácter general– conducirá a la conclusión de que el objeto del contrato de franquicia sea incierto, imposible e indeterminado, debiendo proceder a la nulidad del mismo, pues no será «posible» ejecutar el modelo de empresa transmitido por el franquiciador de un modo económicamente rentable, debido precisamente a la ausencia de alguno de sus elementos esenciales ¹²⁰. Se tratará, en definitiva, de una franquicia vacía.

Ésta es la idea que subyace en el argumento de la Sentencia de casación italiana de 28 de junio de 1985 –núm. 3881–, relativo a un contrato de cesión de *know-how*, en la que se establece que «cuando el método adoptado por un empresario, para fabricar determinados productos o adornos a favor de los clientes, carezca de exclusividad o secreto, el contrato de cesión de tal método no tendrá un objeto apreciable económicamente, cuando se agote en la mera enunciación abstracta de los conocimientos del cedente o también en el caso en el que se prevea una asistencia del cesionario, para la utilización concreta, fácil y segura de tales conocimientos mediante el uso de la experiencia del cedente mismo, dada la relevancia patrimonial de semejante aportación».

En particular, los dos elementos del contrato que vienen siendo utilizados para declarar el carácter incierto, imposible e indeterminado del objeto del contrato de franquicia son la marca y el *know-how*. Tal posición se mantiene no sólo en nuestro ordenamiento sino también en otros de nuestra esfera, como el francés, en Sentencias de la *Cour d'appel* de París de 29 de septiembre de 1992 o de 14 de abril de 1995, entre otras ¹²¹.

Concretamente, la problemática gira en torno a la ausencia de un verdadero *know-how* y a la titularidad de la marca –especialmente la no inscripción en el Registro–. En el primer supuesto, ausencia de *know-how*, el objeto del contrato de franquicia no será ejecutable de un modo económicamente rentable –esto es, será «imposible»– en la medida en que éste no existirá, no ofreciendo la ventaja concurrencial propia de este elemento; mientras que en el segundo supuesto, falta de titularidad de la marca, el objeto del contrato de franquicia no será ejecutable de un modo económicamente rentable en la medida en que el franquiciador no podrá asegurar a los franquiciados el uso pacífico de los signos transmitidos, entendido el uso pacífico como un dato jurídico y no fáctico –véase *infra*–.

¹²⁰ En sentido similar, nuestro propio TS, en la Sentencia de 5 de junio de 1978, estableció que «el objeto del contrato, además de ser lícito y determinado, cual exige el artículo 1.273 del Código Civil, ha de ser real y posible, o sea que exista en el momento de la celebración del contrato, o por lo menos pueda existir en lo sucesivo, de tal manera que, según previene el artículo 1.272 de dicho cuerpo legal sustantivo, no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles, y de concertarse sobre lo que no tenga posibilidad de transmisión, en cuanto afecte a la sentencia de la obligación contraída, determina su ineficacia, en razón de no existencia del contrato, como se deduce del contexto de las Sentencias de este Tribunal de 23 de marzo de 1924 y 10 de abril de 1956, toda vez que, conforme indica la de 27 de diciembre de 1932, cuando no puede transmitirse lo que la esencia del contrato e integra en consecuencia su objeto, es indudable que, en virtud del aforismo {*nemo dat quod non habet*}, falta el objeto del mismo».

¹²¹ Véase, BENSOUSSAN, H. *Le droit de la franchise*, Éditions Apogée, 1999, pág. 135.

1. La nulidad del contrato de franquicia por ausencia de *know-how*

Para poder declarar la nulidad de un contrato de franquicia por ausencia de *know-how* se hace necesario, en primer lugar, delimitar qué es y qué características lo componen, en tanto que el ensamblaje de estas características será lo que proporciona a quien lo posee de la ventaja concurrencial propia de estos contratos de red y de ahí su carácter esencial como elemento del contrato de franquicia ¹²².

Por *know-how* se entiende un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que cumplan cuatro requisitos: ser secreto, substancial, útil e identificado.

El requisito de secreto ¹²³ de los conocimientos no se refiere al sentido estricto de que cada componente individual del *know-how* tenga esta cualidad y deba ser totalmente desconocido o inobtenible fuera de los negocios del franquiciador, sino que significa los conocimientos en su conjunto, o en la configuración y ensamblaje de sus componentes, no deben ser generalmente conocidos o fácilmente accesibles.

La cualidad de ser substancial ¹²⁴ requiere que los conocimientos que se transmiten incluyan una información importante –con valor en sí misma– para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y en particular para la presentación de productos para la venta, la transformación de productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera.

El requisito de que los conocimientos sean útiles ¹²⁵ significa que éstos deben conseguir, en la fecha de la conclusión del acuerdo, mejorar la posición competitiva del franquiciado, en particular, mejorando sus resultados o ayudándole a introducirse en un mercado nuevo.

Por su parte, que los conocimientos sean identificados ¹²⁶ supone que sean o puedan ser descritos de una manera suficientemente completa para permitir verificar que cumple las condiciones de secreto y substancialidad.

¹²² Para profundizar sobre la figura puede consultarse GÓMEZ-SEGADE, J.A. *El secreto industrial...*, cit.; y MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato de...*, cit. Y en el ámbito concreto de la franquicia, LELOUP, J.M., «Franchise et savoir-faire», *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1982, núms. 5/6, pág. 16 y ss.; y LELOUP, J.M. *Droit et pratique de la franchise*, Delmas, 2004.

¹²³ La *Real Academia de la Lengua Española* define «secreto» como «conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio».

¹²⁴ La *Real Academia de la Lengua Española* define «substancial» como «que constituye lo esencial y más importante de algo» y «sustancioso» como «que tiene valor o estimación».

¹²⁵ La *Real Academia de la Lengua Española* define «útil» como «que trae o produce provecho, comodidad, fruto o interés».

¹²⁶ La *Real Academia de la Lengua Española* define «identificar» como «reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca».

Aun cuando el contrato de franquicia es un contrato de naturaleza única ¹²⁷ pueden observarse importantes diferencias entre contratos de esta misma naturaleza atendiendo a la actividad económica desarrollada a través de los mismos. Concretamente, entre los contratos de franquicia, atendiendo a la actividad económica a la que se aplican, puede distinguirse entre contratos de franquicia de distribución, de servicios y de producción ¹²⁸.

Ello no desvirtúa, sin embargo, el carácter unitario del contrato, ya que pueden reconocerse en todos ellos un conjunto de obligaciones y derechos comunes que los caracterizan y que constituyen el contenido esencial de cada uno de estos contratos.

Dependiendo de la actividad económica a la que se aplique el contrato de franquicia el *know-how* tendrá un carácter u otro. Así, en la franquicia de distribución el *know-how* transmitido será siempre de carácter comercial, administrativo o financiero pero nunca de producción o industrial. En los contratos de franquicia de producción el *know-how* no será únicamente de carácter comercial, administrativo o financiero, sino que también tendrá carácter industrial o de producción, según el caso ¹²⁹. Por su parte, en los contratos de servicios, al igual que la franquicia de distribución, éste tendrá siempre únicamente carácter comercial, administrativo o financiero.

En este último caso, además, en ocasiones es importante distinguir entre lo que constituye *know-how* de la mera prestación de los servicios según la *lex artis*, cuando ésta existe. Piénsese, por ejemplo, en franquicias de abogados, de odontología, de arquitectura, entre otras, que en los últimos años, sobre todo, están experimentando un auge constante.

En estos casos, puede afirmarse que el *know-how* de contrato de franquicia de servicios lo constituye, no la prestación de servicios concretos, *stricto sensu*, pues esto es labor exclusiva de un profesional con arreglo a los criterios de su conciencia y la *lex artis*, sino la particular forma de gestionar un establecimiento franquiciado, de presentar determinados productos y de articular una imagen de gestión –que será uniforme a toda la red–.

En consecuencia, el *know-how*, como elemento esencial, propio e identificativo de las franquicias de servicios no lo constituye la prestación de unos servicios según la concreta *lex artis* sino el cómputo de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación de unos determinados servicios, identificándose en la presentación de los locales, los servicios prestados, los productos utilizados, y la política de publicidad determinada en el seno de una red.

¹²⁷ Que tiene como causa única la transmisión del derecho a usar temporalmente un modelo de empresa.

¹²⁸ Utilizamos el término «franquicia de producción» en contraposición al clásico «franquicia industrial» en la medida en que el elemento distintivo de este tipo de contrato estriba en la producción de bienes para el mercado, y no en el hecho de que los bienes sean realizados en una fábrica a través de un proceso industrial. Una franquicia artesanal que produzca marroquinería utiliza un contrato de franquicia de producción del mismo modo que lo hace una franquicia de productos lácteos y que utiliza un método industrial.

¹²⁹ Para la distinción entre industrial y producción, véase, nota anterior.

Otra cuestión relevante en materia de nulidad contractual, *know-how* y franquicia es la necesidad de que el juzgador identifique la naturaleza del contrato nominado por las partes como «de franquicia». Como veremos, para considerar que el contrato celebrado entre las partes, nominado «de franquicia», carece de objeto cierto no bastará con acreditar que el *know-how* no existe, bien porque efectivamente no se posee bien por ser irrelevante –ausencia de secreto o substancialidad¹³⁰–.

Para declarar la nulidad de un contrato, en nuestro ordenamiento jurídico¹³¹, es preciso que éste sea imposible de reconducir a otro tipo contractual distinto –en nuestro caso del de franquicia– en virtud de la potestad de calificación del juzgador, siempre que éste pueda concluir que aquél ha sido el negocio jurídico querido por las partes¹³².

No en pocas ocasiones, en los últimos años hemos asistido al encubrimiento de contratos distintos del de franquicia, como el de concesión, bajo el *nomen iuris* de «contrato de franquicia». Ello no porque las partes tuvieran la voluntad de celebrar un auténtico contrato de franquicia, sino simplemente porque la parte contractual habitualmente fuerte –el titular de la marca en el caso de los contratos de concesión– imponía a la contraparte débil –el concesionario– la firma de un contrato «de franquicia» con la finalidad de someterse, en materia de Derecho de la competencia, al actualmente derogado Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, que establecía un régimen de exención más laxo o permisivo. Con la denominación de los contratos como «de franquicia» los titulares de las marcas conseguían beneficiarse de la exención por categorías de los contratos de franquicia, y de este modo imponer a sus contrapartes contractuales un sistema de restricciones más fuerte y tutelar con mayor intensidad su sistema. Este sistema, en principio, con la unificación de los Reglamentos de exención por categorías en materia de acuerdos verticales con el Reglamento 2790/99 –analizado anteriormente– debe desaparecer, no obstante, esta posibilidad es una cuestión que el juzgador debe tener presente.

Efectivamente, si el contrato celebrado entre las partes carece de *know-how*, independientemente del *nomen iuris* que hayan utilizado, éste no puede ser considerado como un contrato de franquicia –pues es un elemento esencial del mismo¹³³–. Ahora bien, ello no impide que el contrato celebrado pueda ser reconducido, en atención a su concreto contenido obligacional, a otro tipo contractual¹³⁴. Cuando efectivamente se carezca de *know-how* y no sea posible reconducirlo a otro tipo, el contrato celebrado entre las partes deberá ser nulo de pleno derecho¹³⁵.

¹³⁰ Así, por todas, Sentencia de la AP de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2003.

¹³¹ Principio de conservación del negocio. Recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como el artículo 1.284 del Código Civil, y acogido por la doctrina, como son muestra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1992.

¹³² RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 310.

¹³³ En este sentido, en el ordenamiento jurídico francés, véase la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 14 de abril de 1995.

¹³⁴ Por ejemplo, un contrato de concesión.

¹³⁵ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., págs. 310 y 311.

El juzgador, por tanto, deberá comprobar la existencia en el supuesto concreto de los requisitos anteriores, y en ausencia de alguno de los mismos deberá preguntarse si se encuentra en presencia de los elementos propios de otro contrato. Si el contrato no puede ser reconducido a otra figura contractual habrá que considerarlo carente de objeto.

Por su parte, si puede ser calificado, de acuerdo con las obligaciones del contrato, como –por ejemplo– contrato de concesión, el juzgador deberá preguntarse si las partes, en general, y el mal denominado franquiciado, en particular, querían celebrar dicho contrato. En caso afirmativo, el contrato será perfectamente válido –principio de conservación del negocio–, independientemente del *nomen iuris* y de la ausencia de *know-how*. En cambio, en caso negativo, el acto jurídico celebrado entre las partes deberá ser decretado nulo ¹³⁶.

2. La nulidad del contrato de franquicia por falta de titularidad de la marca

Uno de los elementos más importantes en todo sistema de red, principalmente en el de franquicia, es el mantenimiento de una imagen de marca uniforme, pues ello justifica la mayor parte del contenido contractual. La imagen de marca es reflejo de la conjunción de todos los elementos de la franquicia que permiten ejercer sobre el consumidor un efecto atractivo a través de la identificación de un modelo de empresa concreto que conoce, ocupando un lugar principal, en lo que a este efecto se refiere, los signos distintivos y la marca.

En algunas ocasiones se han planteado en el seno de conflictos sobre el contrato de franquicia que la falta de titularidad de la marca, por la no inscripción de la misma en el Registro correspondiente, bien porque todavía se encuentra en fase de solicitud o sencillamente porque no se desea inscribir, pueda ser causa de nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto –entre otras, Sentencia de las AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 y de Asturias de 22 de enero de 2001–.

Para una correcta solución del problema debe tenerse presente que la no inscripción de una marca no impide su uso en el tráfico mercantil. Lo que la inscripción concede es el derecho de exclusividad de la misma, el *ius prohibendi* y el *ius utendi* ¹³⁷, es decir, la facultad de usar la marca en el tráfico y de impedir que terceros sin autorización usen una marca idéntica o similar para productos o servicios idénticos o similares –art. 34.2 Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas ¹³⁸ (en adelante LM)–, pero en ningún caso supone automáticamente la ilicitud de la misma.

Algunas Sentencias como las de la AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003, la de Asturias de 22 de enero de 2001 o la de Barcelona de 10 de mayo de 2000, han adoptado una posición respecto al problema que, aunque correcta en parte, debe ser revisada en cuanto al fondo. Esto es,

¹³⁶ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 314.

¹³⁷ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. *Tratado sobre derecho de marca*, Marcial Pons, 2001.

¹³⁸ BOE de 8 de diciembre de 2001, núm. 294.

obtienen la conclusión de que el factor determinante para considerar si la falta de titularidad registral de una marca por parte del franquiciador puede suponer la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto es el *ejercicio pacífico de la marca en el tráfico por parte de los franquiciados* –solución que ya se propugnaba también en otros ordenamientos como el francés¹³⁹–.

Si uno de los elementos esenciales del modelo de empresa es la identidad de la red que se logra mediante el uso de los signos distintivos del franquiciador por parte de los franquiciados, éste debe por ello poder asegurar al franquiciado el uso pacífico de los mismos a aquéllos¹⁴⁰. La imposibilidad del franquiciador de impedir la perturbación en el uso de sus signos distintivos que perjudique al franquiciado deberá tener, por tanto, como consecuencia la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto.

No se trata de una cuestión fáctica –como habitualmente parece que entiende la jurisprudencia–, esto es, si efectivamente se está perturbando o no al franquiciado en el uso pacífico de los signos transmitidos, sino jurídica, esto es, si el franquiciador está en posición jurídica tal como para poder garantizar al franquiciado el uso pacífico de los signos distintivos que componen su modelo de empresa.

Se trata de una cuestión que no tiene demasiado clara nuestra jurisprudencia, pues ha venido identificando uso pacífico y no perturbación efectiva desde una perspectiva meramente fáctica, cuando lo relevante para decretar la nulidad no es si se ha perturbado sino si el franquiciador está en posición de asegurar el uso pacífico a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico.

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

Este poder del franquiciador de garantizar el uso pacífico de la marca al franquiciado puede derivar de la titularidad registral de una marca o del hecho de ser licenciataria de una marca inscrita. Ahora bien, igualmente puede derivar –en virtud de la legislación en materia de propiedad industrial vigente en nuestro ordenamiento– del hecho de que el franquiciador sea solicitante de marca o usuario extrarregistral de una marca notoria –datos estos últimos que habitualmente olvida la jurisprudencia–. La cuestión está, por tanto, en determinar cuándo el franquiciador no está en condiciones de asegurar el goce pacífico de los signos distintivos al franquiciado.

Sólo en aquellos casos en los que se concluya que el franquiciador no está potencialmente en una posición jurídica tal como para garantizar a los franquiciados la tutela de los signos distintivos que transmite con el contrato de franquicia, frente a actuaciones de terceros que los violen, podrá afirmarse que el contrato de franquicia celebrado es nulo de pleno derecho por carencia de objeto. Y ello por cuanto

¹³⁹ Véase, BENSOUSSAN, H. *Le droit de la franchise*, Éditions Apogée, 1999.

¹⁴⁰ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 312.

ante tal circunstancia, no será «posible» reconocer un modelo de empresa ejecutable en la realidad de modo económicamente rentable, tratándose pues de una de las denominadas franquicias vacías ¹⁴¹.

En primer lugar, el franquiciador siempre podrá lograr garantizar el uso pacífico si la marca está registrada, artículo 34 de la LM, sin perjuicio de que el ámbito de protección se module si, además, la marca es notoria o renombrada ¹⁴².

Ahora bien, también en el caso de la marca inscrita surgen algunos problemas como la posible posterior declaración de nulidad de la marca o de caducidad de la misma. Si bien, en este segundo caso ya no sería una cuestión del ámbito de la nulidad sino de la modificación substancial del contrato, que podría llegar a habilitar al franquiciado a instar la resolución del contrato ¹⁴³.

Igualmente parece indiscutible que el licenciatario de marca inscrita está en posición de garantizar al franquiciado el uso pacífico de los signos frente a posibles perturbaciones de terceros, por efecto del artículo 124 de la Ley 11/1986, de 20 marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad ¹⁴⁴, vigente por la remisión de la disposición adicional primera de la LM ¹⁴⁵.

Cuando el franquiciador sea solicitante de marca, pese a carecer del *ius prohibendi*, parece que no deba considerarse que en caso de perturbación los franquiciados puedan instar la nulidad del contrato por falta de objeto, si finalmente al franquiciador se le concede la inscripción de la misma, el franquiciador podrá proteger a quien en un momento dado pueda sufrir el daño –los franquiciados– mediante el ejercicio de la acción de indemnización contra aquel que habría violado su derecho en caso de habersele inscrito la marca, artículo 38 de la LM ¹⁴⁶.

La cuestión se complica en los casos en que el franquiciador es usuario extrarregistral de la marca, bien sea por no haberla solicitado o por haberla solicitado y no haberla obtenido. Este último supuesto se planteó en la Sentencia de la AP de Asturias de 22 de enero de 2001, donde la denegación de la inscripción de la marca del franquiciador por ser similar a otra inscrita anteriormente fue el elemento clave para declarar la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto.

¹⁴¹ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 312.

¹⁴² Sobre ello, por todos, LOBATO, M. *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002; GONZÁLEZ-BUENO, C. *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Civitas, 2003.

¹⁴³ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 312. Una sentencia que declare la caducidad de la marca puede llegar a habilitar al franquiciado a instar la resolución del contrato pero lo que no dará por sí misma es lugar a la ausencia sobrevenida de objeto respecto al contrato.

¹⁴⁴ BOE de 26 de marzo de 1986, núm. 73.

¹⁴⁵ Sobre ello, ORTUÑO BAEZA, M.T. *La licencia de marca*, Marcial Pons, 2000; RONCERO SÁNCHEZ, A. *El contrato de Licencia de marca*, Civitas, 1999.

¹⁴⁶ El precepto establece que «...la solicitud de registro de marca confiere a su titular, desde la fecha de su publicación, una protección provisional consistente en el derecho a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias, si un tercero hubiera llevado a cabo, entre aquella fecha y la fecha de publicación de la concesión, un uso de la marca que después de ese período quedaría prohibido».

En estos casos habrá que distinguir según se trate de una marca notoria o renombrada o una marca meramente usada. En el caso de que se trate de una marca notoria o renombrada el franquiciador parece que podrá mantener en el uso pacífico al franquiciado acudiendo a la LM ¹⁴⁷, por lo que la falta de titularidad registral de la marca notoria o renombrada tampoco parece deba tener como consecuencia la nulidad del contrato por falta de objeto.

Más complejo es el caso de una marca meramente usada. Evidentemente, el franquiciador no podrá proteger el uso pacífico de la marca cuando, siendo usuario de una marca meramente usada, ésta sea confundible con una marca registrada, solicitada o usada pero notoria o renombrada. Ante esta situación de desamparo con la que se encontraría el franquiciado parece que en estos casos la nulidad por falta de objeto deberá ser la consecuencia jurídica que deba decretarse ¹⁴⁸.

Por su parte, en el supuesto de marca meramente usada no confundible con otra con régimen de tutela exclusiva parece que la solución deba ser la misma, pues para apreciar la nulidad por falta de objeto no debe atenderse a una situación fáctica sino jurídica, por lo que es indiferente si el franquiciado ha sido efectivamente perturbado sino si potencialmente el franquiciador está en posición de garantizar al franquiciado el goce pacífico y exclusivo de sus signos, lo cual no ocurre en estos supuestos, pues será posible, por ejemplo, que un tercero acuda al Registro e inscriba una marca confundible con la utilizada en el modelo de empresa del franquiciador.

Ante tal situación el franquiciador no está en posición de garantizar que este tercero que inscribe una marca confundible con la del modelo de empresa de la franquicia pueda «perturbar» al franquiciado en su territorio, siendo por ende el contrato nulo de pleno derecho. Es más, este tercero podría impedir que el franquiciador celebre nuevos contratos de franquicia con lo que se privaría a los franquiciados ya existentes de la posibilidad de formar parte de una red –diríamos– seria y con proyección, con los perjuicios que ello conllevaría –menor acceso a economías de escala, difícil aumento del *good-will* de la red, etc.–.

Meridiano resulta, en estos casos, señalar que si efectivamente se han producido perturbaciones, el contrato de franquicia carecerá de objeto por falta de uno de sus elementos esenciales; y dado que la cuestión surgirá *ex post*, como consecuencia de las perturbaciones sufridas por el franquiciado en el uso del signo, la prueba de éstas junto con la ausencia de titularidad de la marca, o de carácter notorio de la misma cuando fuera usada extrarregistralmente, es suficiente para extraer la conclusión de la falta de objeto del contrato ¹⁴⁹.

¹⁴⁷ En este sentido, el artículo 34.5 de la LM establece que «las disposiciones de este artículo –derecho de exclusividad– se aplicarán a la marca no registrada "notoriamente conocida" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París, salvo lo previsto en la letra c) del apartado 2», por lo que en estos supuestos la protección del uso pacífico también está garantizada.

¹⁴⁸ En el mismo sentido, RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 312.

¹⁴⁹ RUIZ PERIS, J.I. *Nulidad, anulabilidad...*, cit., pág. 313.