

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

Extracto:

HASTA ahora, la doctrina laboral ha dedicado una escasa atención al estudio de los efectos laborales del contrato de franquicia. Sin embargo, el tema merece un estudio detallado, dada la importancia creciente de este contrato en la vida económica y habida cuenta de que el mismo ilustra, con especial nitidez, algunos de los fenómenos con que debe enfrentarse el moderno Derecho del Trabajo: la evolución del trabajo autónomo y del concepto de subordinación, así como la mayor complejidad de las estructuras empresariales y la dependencia de unas empresas con respecto a otras. En el presente artículo, se analizan el concepto, la regulación legal y los caracteres del contrato de franquicia, y se estudian luego los problemas que suscita la posición jurídica del franquiciado, actúe como empleador o como trabajador autónomo.

Sumario:

1. Concepto, regulación legal y caracteres del contrato de franquicia.
2. Los efectos laborales del contrato de franquicia.
 - 2.1. El franquiciado como empleador.
 - 2.1.1. Responsabilidad independiente del franquiciador y el franquiciado.
 - 2.1.2. La responsabilidad por cesión ilegal de trabajadores.
 - 2.1.3. La responsabilidad por existencia de un grupo de empresas.
 - 2.1.4. La responsabilidad por sucesión de empresa.
 - 2.1.4.1. La sucesión de empresa en el comienzo de la vigencia del contrato de franquicia.
 - 2.1.4.1.1. Continuación por el franquiciado de la actividad comercial del franquiciador.
 - 2.1.4.1.2. Creación *ex novo* de una franquicia en una zona comercial en que no se encontraba aún implantado el franquiciador.
 - 2.1.4.2. La sucesión de empresa en la terminación del contrato de franquicia.
 - 2.1.5. Contrato de franquicia y extinción del contrato de trabajo.
 - 2.1.5.1. La extinción de los contratos de trabajo previa a la creación de una red de franquicias.
 - 2.1.5.2. Terminación del contrato de franquicia y extinción del contrato de trabajo.
 - 2.1.5.2.1. Vinculación de la duración del contrato de trabajo a la del contrato de franquicia.
 - 2.1.5.2.2. Imputación de las indemnizaciones por despido.
 - 2.1.6. Conveniencia de introducir las nociones de actividad y responsabilidad conjunta del franquiciador y el franquiciado.
 - 2.2. El franquiciado como trabajador autónomo.
 - 2.2.1. La independencia aparente del franquiciado.
 - 2.2.2. El estatuto jurídico del trabajador autónomo en situación de dependencia económica.

Bibliografía.

El contrato de franquicia, de origen anglosajón, se ha difundido también en Europa en las últimas décadas.

Junto con la concesión mercantil, la franquicia es una técnica de cooperación vertical entre empresas pequeñas y grandes, que reporta ventajas a ambos contratantes ¹. El franquiciador obtiene unos beneficios por autorizar y asesorar al franquiciado a hacer uso del sistema de organización creado por aquél y, si es un industrial, puede comercializar sus productos con pocos gastos y manteniendo la misma imagen frente al público. A su vez, el franquiciado puede dedicarse al desarrollo de una actividad empresarial, aprovechando la experiencia, el asesoramiento y la asistencia del franquiciador.

La franquicia ha merecido la atención del legislador en los campos del derecho de la competencia y de la ordenación del comercio minorista. En el campo privado, a falta de una regulación detallada de ese contrato, la cooperación entre las empresas se rige por el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

Por ahora, son escasos los estudios doctrinales y la jurisprudencia acerca de los efectos laborales del contrato de franquicia ². Sin embargo, el tema merece una atención particular, dada la importancia creciente de este contrato en la vida económica y habida cuenta de que el mismo ilustra, con especial nitidez, algunos de los fenómenos con que ha de enfrentarse el moderno Derecho del Trabajo: la evolución del trabajo autónomo y del concepto de subordinación, así como la mayor complejidad de las estructuras empresariales y la dependencia de unas empresas con respecto a otras ³.

Quizá el mejor modo de analizar las consecuencias laborales del contrato de franquicia, sea distinguir los casos en que el franquiciado actúa como empleador, de aquellos otros en que lo hace como trabajador autónomo. Mientras que, en el primer supuesto, el franquiciado da empleo a trabajadores por cuenta ajena, en el segundo no lo hace, o sólo emplea a miembros de su familia. Las dos hipótesis plantean problemas diferentes.

¹ MONGE (1993: 27), quien sigue el parecer de BERCOVITZ, expresado en la conferencia «Cauces jurídicos para la colaboración de las pequeñas y medianas empresas», pronunciada en el Salón del Claustro de la Diputación Provincial de Cádiz, en la Sesión inaugural del Curso 1979/80 del Centro Asociado de Educación a Distancia en Cádiz.

² ARAMENDI (1992), CAVERO Y GIL (1997) y GONZÁLEZ BIEDMA (1999) han realizado una primera aproximación al análisis de esta materia.

³ *Vid.* un análisis de estos problemas, y de las posibles soluciones a los mismos, en SUPIOT y otros (1999: 25 y ss.).

Si el franquiciado actúa como empleador, responde en principio de las obligaciones que contrae con sus trabajadores. Siendo ésta la regla, hay que preguntarse también si no se produce, en algunos casos, una comunicación de responsabilidades al franquiciador. Algunas estipulaciones del contrato de franquicia pueden menoscabar la independencia del franquiciado a efectos laborales. Piénsese, por ejemplo, en las que imponen al franquiciador el deber de asegurar la formación inicial y continua de los trabajadores del franquiciado, o que permiten a aquél seleccionar los trabajadores de éste, o solicitar su sustitución, en caso de faltas graves o desconocimiento de las normas técnicas de la entidad franquiciadora. Junto a las hipótesis del tráfico ilegal de la mano de obra y del grupo de empresas, habrá que estudiar también la posible comunicación de responsabilidad al franquiciador -o, en su caso, al nuevo franquiciado- en los supuestos de sucesión de empresa. Deberá considerarse, en fin, la repercusión del contrato de franquicia en la extinción del contrato de trabajo.

En los casos en que el franquiciado actúa como empresario laboral, se suscita un segundo interrogante: la conveniencia de establecer las nociones de actividad y responsabilidad conjunta del franquiciador y el franquiciado. Pese a la independencia jurídica de ambos contratantes, el poder de control que el franquiciador ejerce sobre el franquiciado puede dar lugar a una subordinación de índole económica y comercial de éste con respecto a aquél. ¿Puede permanecer el Derecho del Trabajo ajeno a ese fenómeno de cooperación empresarial, o ha de establecer reglas de actuación y de responsabilidad conjuntas, para proteger los derechos de los trabajadores?

Los problemas jurídicos no se agotan con la consideración del franquiciado como empleador. Cuando el mismo actúa como trabajador autónomo, sin tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, el Derecho del Trabajo ha de hacer frente, en primer lugar, a las consecuencias jurídicas de la independencia aparente del franquiciado. ¿Ha de calificarse entonces como laboral la relación jurídica que une al franquiciado con el franquiciador? El Derecho del Trabajo debe resolver un segundo problema: el referente al estatuto jurídico del franquiciado que sea un trabajador semi-independiente, por hallarse en una situación de dependencia económica con respecto al franquiciador. ¿Puede constituir el estado de dependencia económica del trabajador autónomo una razón para que lo proteja el ordenamiento laboral?

Antes de analizar los efectos de la franquicia en el Derecho del Trabajo (2), estudiaremos las notas esenciales de esta figura (1).

1. CONCEPTO, REGULACIÓN LEGAL Y CARACTERES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En norteamérica, el término *franchising* posee un significado más económico que jurídico, y engloba un sistema de *marketing* y distribución, en el que se vinculan empresarios independientes que corren con el riesgo de sus operaciones⁴. Cabe hablar así de varias generaciones de franquicia⁵.

⁴ ECHEBARRÍA (1995: 9).

⁵ Seguimos la exposición de ECHEBARRÍA (1995: 10 ss. y 1997: 858 ss.), quien resume el estado de la doctrina.

La franquicia típica de finales del siglo XIX es el *straight product franchising* o el *manufacturing franchising*. En el primer tipo, el franquiciador fabrica un producto único, como la gasolina, los automóviles o los refrescos, que el franquiciado comercializa bajo su enseña. El segundo tipo combina la distribución con la prestación de servicios. El franquiciador elabora el producto básico, y el franquiciado lo transforma o prepara para su comercialización. Ambas clases de franquicias tienen como objeto la comercialización de productos únicos bajo la enseña del franquiciador, y manifiestan un bajo grado de integración comercial entre los contratantes. En Europa, estas figuras se corresponden con los primitivos contratos de distribución o manufactura exclusiva.

El *business format franchising*, que surgió tras la segunda guerra mundial, es el tipo actual de franquicia. Se percibe en él el influjo de la ciencia del *marketing*, y se caracteriza por la planificación. El franquiciador dispone de una serie de controles sobre el franquiciado, que afectan a su capacidad para planificar, coordinar y establecer los fines de su actividad comercial. Como pretende lograrse la uniformidad externa de la cadena, de sus signos distintivos y de su comportamiento comercial, el franquiciador lleva a cabo una asistencia y control significativos sobre el franquiciado. El *business format franchising* agrupa, a su vez, tres tipos de franquicia. En el *package franchising*, y mediante el pago de una contraprestación económica, el franquiciado adopta un modelo de negocio del franquiciador que se identifica con su marca, y recibe una asistencia continuada del mismo en la organización del negocio. Por su parte, el *franchise product* posee los mismos rasgos que el anterior, pero la actividad del franquiciado se limita a la comercialización de productos producidos por el franquiciador o bajo su control, y que utilizan su marca. El franquiciador dispone de un grado importante de control sobre el franquiciado, y le presta una asistencia permanente. En fin, el *service franchise* sirve para comercializar servicios y no productos; el control del franquiciador incide en la organización interna de la empresa franquiciada. La combinación de elementos de las franquicias que acaban de verse, da lugar al llamado *entire business franchise*.

En fechas más recientes, se ha hablado de la franquicia de inversión (*franchise investment* o *absentee ownership plan*), para referirse al supuesto en que el franquiciado se limita a realizar las inversiones necesarias para la puesta a punto del establecimiento, que el franquiciador acondiciona y gestiona mediante sus propios gerentes.

Por último, el *partnership franchising* designa cualquiera de las modalidades anteriores de franquicia, cuando se arbitran mecanismos de participación del franquiciado en la adopción de decisiones por parte del franquiciador.

Para la doctrina más moderna, no forman parte del concepto estricto de franquicia algunas de las figuras que acabamos de mencionar. Así sucede con la franquicia de venta de un solo producto (*single product franchising*), en la que no existe un *marketing plan* o sistema completo de comercialización, y que puede enmarcarse en el régimen de los acuerdos de compra (*sales agreements*)⁶. Igual ocurre con el *franchise investment*, que quizás pueda calificarse como una

⁶ ECHEBARRÍA (1995: 32).

inversión mobiliaria o una cuenta en participación ⁷. En suma, la franquicia es un término en proceso de reducción: el concepto estricto de franquicia lo forma el *franchise format business* ⁸, que se caracteriza por la integración de funciones comerciales entre el franquiciador y el franquiciado, así como por un control y asistencia significativos, que genera una comunidad de intereses entre las partes.

Las franquicias han merecido la atención del derecho comunitario, en la medida en que las cláusulas que contiene este contrato pueden provocar restricciones verticales de la competencia, prohibidas por el artículo 81.1 (antiguo art. 85.1) del Tratado de la Comunidad Europea. Aun así, como algunas de esas cláusulas contribuyen a mejorar o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, se ha considerado necesario aprobar normas de exención por categorías para ciertos acuerdos de franquicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.3 (antiguo art. 85.3) del Tratado.

De este modo, el Reglamento 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, ha venido regulando la aplicación del artículo 81.3 (antiguo art. 85.3) del Tratado de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos de franquicia ⁹. Según su artículo 9, el Reglamento entró en vigor el 1 de febrero de 1989, y fue aplicable hasta el 31 de diciembre de 1999. En el momento en que se escriben estas líneas, no se ha dictado aún una nueva norma en la materia.

El Reglamento contenía un concepto restringido de franquicia, que coincidía en sustancia con el propuesto por la doctrina más moderna ¹⁰, y se aplicaba a los acuerdos de franquicia en virtud de

⁷ ECHEBARRÍA, *ibídem*.

⁸ RUIZ PERIS (1991: 17) y ECHEBARRÍA (1995: 32 y 33).

⁹ Estudian este Reglamento, entre otros, RUIZ PERIS (1991: 94 ss); GOLDMAN, A. LYON-CAEN y VOGEL (1994: 449 y ss.) y ECHEBARRÍA (1995: 56 y ss.).

¹⁰ El artículo 1.3 a) del Reglamento entiende por franquicia «un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales».

A su vez, el artículo 1.3 b) del Reglamento establece que el acuerdo de franquicia es «el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos:

- El uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato.
- La comunicación por el franquiciador al franquiciado de una *know-how*.
- La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo».

En fin, el propio Reglamento define el *know-how* como «un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado» [art. 1.3 f)].

los cuales una de las partes distribuye productos ¹¹ o presta servicios ¹² a los usuarios finales, pero no a los acuerdos de franquicia industrial, es decir, de fabricación de productos ¹³.

En resumen, el Reglamento sólo se aplicaba a los contratos de franquicia de distribución o de servicios, o que combinaran las dos actividades. Habían de llevarse a cabo tan sólo por dos empresas, y comprender, al menos, el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato. El franquiciador había de comunicar al franquiciado un *know-how*, y había de prestar una asistencia comercial o técnica continua durante la vigencia del acuerdo, y en los locales en que el franquiciado explotase la franquicia para la reventa de los productos o la prestación de servicios a los usuarios finales ¹⁴.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico no regula de forma pormenorizada el contrato de franquicia, lo reconoce indirectamente, al regular sus efectos en el ámbito de la competencia entre empresas y sus repercusiones en el campo del comercio minorista ¹⁵.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, el artículo 1 b) del Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberalizaba la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas, aludía ya al contrato de franquicia, sin definirlo. Por su parte, la Ley de Defensa de la Competencia otorgaba al Gobierno la potestad de autorizar, mediante reglamento, la exención en bloque de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia y, en su virtud, el artículo 1.1 e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, trasladó al ámbito interno -con dudosa técnica jurídica ¹⁶ y sin adaptación alguna- las exenciones referidas a los acuerdos de franquicia del Reglamento 4087/88. Tal circunstancia hace que, en la actualidad, el contenido material del Reglamento 4087/88 forme parte del derecho interno, pese a haber perdido vigencia la norma comunitaria.

¹¹ Entendemos por contrato de franquicia de distribución aquel en que el franquiciado se obliga a vender algún producto en un establecimiento que lleva el rótulo del franquiciador (considerando 13 de la STJCE de 28 de enero de 1986, asunto 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, Rec., 1986, pág. 374 ss.). Dentro de esta modalidad, pueden distinguirse aquellos contratos en que el franquiciador es también productor, e impone, en consecuencia, su marca a los productos que se distribuyen, y aquellos contratos en que el franquiciador tan sólo selecciona los productos, sin imponerles su marca. *Vid.* RUIZ PERIS (1991: 21, nota 10).

¹² El contrato de franquicia de servicios es aquel en virtud del cual el franquiciado ofrece, de acuerdo con las directrices del franquiciador, un servicio bajo el rótulo y el nombre comercial o la marca de éste (considerando 13 de la sentencia *Pronuptia*, ya citada). Esta categoría es muy heterogénea. Junto a contratos que requieren la inversión de grandes sumas, como las franquicias hoteleras y de restauración, hay otros en que el franquiciado tiene que desembolsar pequeñas cantidades, como sucede en las agencias matrimoniales o los *consultings*. Véase, en este sentido, RUIZ PERIS (1991: 22, nota 12).

¹³ En ellos, el franquiciado fabrica, según las indicaciones del franquiciador, productos que vende bajo la marca de éste (considerando 13 de la sentencia *Pronuptia*).

¹⁴ Además, debían cumplirse las condiciones del artículo 4 y no incluir las cláusulas prohibidas por el artículo 5 del Reglamento. Por todos, puede verse RUIZ PERIS (1991: 99).

¹⁵ Sin embargo, para GONZÁLEZ BIEDMA (1999: 659), la franquicia «entre nosotros no tiene una regulación específica».

¹⁶ El Real Decreto parecía desconocer los principios de primacía y efecto directo de los reglamentos comunitarios [art. 249 (antiguo art. 189) del Tratado de la Comunidad Europea].

Por lo que hace al segundo de los ámbitos mencionados, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista regula el régimen de franquicia en su artículo 62¹⁷. La ley citada se aparta del concepto restringido de franquicia que ha acuñado la doctrina y aceptado el Reglamento 4087/88¹⁸. Parece claro que el ámbito de aplicación del artículo 62.1 de la ley 7/1996 es más amplio o, al menos, más abstracto que el de la franquicia tradicional¹⁹. Mientras que en el Reglamento comunitario lo fundamental eran «los derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o *know-how*, que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra de bienes»²⁰, en la Ley 7/1996 el centro de gravedad recae en «la cesión de un sistema propio de comercialización de productos y servicios».

La noción de franquicia que contiene la Ley 7/1996 es criticable, en la medida en que no presta una atención suficiente a la cesión de los derechos de propiedad industrial, ni menciona el requisito de la imagen uniforme²¹. La Ley 7/1996 no parece exigir que la comercialización se realice bajo la marca del franquiciador, ni la cesión de un *know-how*, secreto sustancial e identificado, ni una asistencia permanente, ni la existencia de una contraprestación directa o indirecta por parte del franquiciado²².

Se ha tratado de justificar la amplitud del artículo 62 de la Ley 7/1996, por el hecho de que su objetivo no era definir el concepto de franquicia, sino establecer una serie de cautelas con respecto a todas las formas de franquicia, desde la más sencilla del *straight product franchising*, hasta la más compleja del *business format franchising*, e incluso con respecto a contratos en que faltan algunas de las características de la franquicia, como la asistencia continuada o la contraprestación financiera directa o indirecta²³. Aun reconociendo lo justificado de tal pretensión, se ha alegado que, en vez de violentar los perfiles del contrato de franquicia, debería haberse denominado de otro modo al objeto amplio que describe el artículo 62 de la Ley 7/1996²⁴.

¹⁷ Han comentado esta ley, entre otros, RUIZ DE VILLA (1996), ECHEBARRÍA (1997) y MARTÍNEZ SANZ (1999). Para una reflexión general sobre el alcance de esta ley, *vid.* MASSAGER (1999). ALONSO (1997) ha estudiado, por su parte, las relaciones entre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el derecho de la competencia.

¹⁸ En efecto: el párrafo primero del artículo 62 de la ley dispone que «la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efectos en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios».

¹⁹ RUIZ DE VILLA (1996: 441) y MARTÍNEZ SANZ (1999: 703 y ss.).

²⁰ Considerando 2 de la exposición de motivos del Reglamento.

²¹ MARTÍNEZ SANZ (1999: 702 y ss.).

²² RUIZ DE VILLA (1996: 441 y ss.).

²³ RUIZ DE VILLA, (1996: 441 y 446).

²⁴ En este sentido, MARTÍNEZ SANZ (1999: 705), quien destaca que la ley francesa 89-1008, de 31 de diciembre de 1989, inspiradora en gran medida del artículo 62 de la Ley 7/1996, evita referirse al contrato de franquicia, aunque pretende regular esa figura contractual.

Desde este punto de vista, y en virtud del juego conjunto del Reglamento 4087/88 y del artículo 62 de la Ley 7/1996, han coexistido dos modelos de franquicia en el derecho español: uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, la franquicia tan sólo exige que se produzca la «cesión de un sistema propio de comercialización de productos o servicios». En sentido estricto, era una franquicia aquella en la que concurrían las notas del Reglamento 4087/88. La Ley 7/1996 se aplica a las dos modalidades ²⁵.

Al acoger el concepto restringido de franquicia, el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, puede haber vulnerado el principio de jerarquía normativa. En efecto, el artículo 2 del Real Decreto define el contrato de franquicia de forma similar al Reglamento 4087/88. Es franquicia el contrato en virtud del cual una empresa, denominada franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados productos o servicios, y que comprende, al menos, el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo ²⁶.

El Real Decreto 2485/1998 escapa así a las críticas que se habían dirigido a la noción de franquicia del artículo 62.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. No obstante, el Real Decreto restringe el campo de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Desde un punto de vista práctico, esto puede suponer que ciertos acuerdos que, sin ser franquicias desde un punto de vista estricto, caen en el ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, dejen de estarlo si se aplica la noción restringida de franquicia -correcta desde un punto de vista doctrinal- que aparece en el Real Decreto 2485/1998. Pues bien: la norma reglamentaria no puede limitar la aplicación de la ley. Ésta no es una norma de defensa de la competencia, ni que pretenda establecer el régimen jurídico-privado de la franquicia: su objetivo es regular el comercio minorista y, en el caso concreto del artículo 62, tutelar los derechos de los potenciales franquiciados, en especial si se trata de contratantes poco expertos ²⁷. Como el artículo 62 de la Ley 7/1996 pretende que entren en su ámbito de aplicación todas las figuras que comparten alguno de los requisitos de la franquicia, pero que carecen de otros (verbigracia, la asistencia continuada o la contra-

²⁵ Así, RUIZ DE VILLA (1996: 447), quien añade que podrían hallarse próximos a la definición de la Ley 7/1996 el contrato de concesión y el contrato de licencia de *know-how*, en especial en materia de servicios, que regula el Reglamento 556/89, de 30 de noviembre de 1989.

²⁶ El artículo 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, reproduce lo dispuesto en el artículo 1.3 del Reglamento 4087/88.

En la jurisprudencia, han definido también la franquicia algunas sentencias: así, las de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6646), 4 de marzo de 1997 (Ar. 1642) y 30 de abril de 1998 (Ar. 3456), así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 1996 (Ar. 1650) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de mayo de 1997 (Ar. 1147).

²⁷ Subraya este aspecto MARTÍNEZ SANZ (199: 703).

prestación financiera directa o indirecta)²⁸, el artículo 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, puede haber realizado un desarrollo *ultra vires*, no válido para restringir el campo de aplicación de la Ley 7/1996.

Hechas las observaciones anteriores, ha de advertirse que las normas del derecho de defensa de la competencia y de ordenación del comercio minorista tienen una gran importancia, asimismo, en el campo del derecho privado, por más que no doten al contrato de franquicia de una disciplina de carácter jurídico-privado. Así, el Reglamento 4087/88 contenía una noción aplicable también en nuestro derecho, y el artículo 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista regula los deberes precontractuales de información al franquiciado²⁹. Por lo demás, el riesgo de caer en la prohibición del artículo 81.1 (antiguo art. 85.1) del Tratado de la Comunidad ha hecho que, en la práctica, las cláusulas de los contratos de franquicia no se aparten de lo dispuesto en el Reglamento 4087/88. De este modo, el derecho de la competencia inspira el régimen jurídico-privado del contrato de franquicia³⁰.

Expuesta la regulación legal de la franquicia, debemos aludir ahora a algunos rasgos de este contrato, para comprender mejor su repercusión en el campo laboral³¹. Ya desde este primer momento, conviene subrayar que, según la jurisprudencia, el Reglamento 4087/88 de la Unión Europea no ha afectado de modo directo a las relaciones laborales, que pueden ser responsabilidad tanto de uno solo, como de ambos contratantes³².

Digamos, para comenzar, que la doctrina discute la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Algunos autores identifican este contrato con el de concesión; otros, con el de licencia de marca, y otros proclaman, en fin, su autonomía respecto a cualquier otra modalidad contractual, en la medida en que, a través del mismo, se transmite un método completo de explotar una empresa³³. Desde un punto de vista estructural, suele concebirse la franquicia como un contrato nominado, atípico³⁴,

²⁸ RUIZ DE VILLA (1996: 446).

²⁹ Han desarrollado el artículo 62.3 de la Ley 7/1996 los artículos 3 y 4 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre.

³⁰ MARTÍNEZ SANZ (1999: 701), y los autores que cita.

³¹ Sobre el contrato de franquicia, aparte de los autores ya citados, pueden consultarse: FERNÁNDEZ NOVOA (1981 y 1985), DE ELÍAS-OSTÚA (1985 y 1988), AGUILÓ PIÑA (1986), DARGALLO (1987), PÉREZ-BUSTAMANTE Y DE MINGO (1989), GARCÍA FEMENIA (1990), ALFARO (1995), CHULIÁ VICENT Y BELTRÁN ALANDETE (1996: 165 ss.), ORTIZ DE ZÁRATE (1998) y GUARDIOLA SACARRERA (1998).

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 1993 (Ar. 873).

³³ *Vid.* un resumen de las distintas posiciones en RUIZ PERIS (1991: 21 y 22) y ORTUÑO (1997: 1.528 ss.).

³⁴ Así lo califica la jurisprudencia civil. *Vid.* las SSTs de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6646) y de 30 de abril de 1998 (Ar. 3456). En la doctrina, *vid.*, por todos, CHULIÁ VICENT Y BELTRAN ALANDETE (1996: 165 y ss.).

La calificación como atípico del contrato de franquicia plantea el problema de integración de su régimen jurídico. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996, el contrato se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes y, si hay lagunas, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica. En ese caso, se admitió el recurso a las reglas de la compraventa mercantil.

consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso ³⁵, de carácter mercantil, *intuitu personae* y que puede adscribirse a la categoría del contrato marco ³⁶. Tras la regulación del contrato en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, se ha dudado, aun así, que sea conveniente seguir considerando este contrato como atípico ³⁷ o como un simple contrato innominado ³⁸. Desde un punto de vista práctico, no cambia mucho las cosas reconocer el contrato como atípico, o postular que cuenta con una tipicidad parcial o de configuración. A falta de normativa legal, es preciso determinar, en uno y otro caso, la disciplina aplicable al contrato ³⁹. En lo no previsto por las partes, habrá de acudirse a la disciplina general de las obligaciones y contratos (arts. 50 y ss. del Código de Comercio y arts. 1.088 y ss. del Código Civil) y, en última instancia, mediante una aplicación analógica, integrar los pactos contractuales con el recurso a la disciplina de algún contrato con el que guarda afinidad ⁴⁰. Puede resultar adecuada la aplicación, con cautelas, de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia ⁴¹.

Han de tenerse en cuenta tres circunstancias a la hora de enjuiciar las consecuencias laborales que produce el contrato de franquicia entre el franquiciador y el franquiciado: la primera es que el contrato de franquicia presupone la *independencia* de las empresas que la forman; la segunda, que es un *contrato de cooperación* entre empresarios, y la tercera, que implica la *existencia de facultades de dirección* por parte del franquiciador. Analicemos las consecuencias que se derivan de tales características.

Ante todo, ha de subrayarse que las empresas son independientes. En este sentido, el Código Deontológico Europeo de la Franquicia define esta modalidad contractual como un método de cooperación contractual entre dos partes independientes e iguales desde un punto jurídico: de una parte, una empresa franquiciante, y de otra, uno o varios empresarios franquiciados, cuyo objetivo principal consiste en que se beneficien de él tanto el franquiciante como el franquiciado, gracias a la combinación de los recursos humanos y financieros, pero sin afectar a la independencia de las partes ⁴².

³⁵ En el contrato de franquicia, ha de existir una contraprestación que pueda valorarse económicamente, y que puede adoptar distintas modalidades (RUIZ PERIS, 1991: 20, nota 9). Tanto la sentencia *Pronuptia* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su considerando 33, como el art. 1.3 b) del Reglamento 4087/1988 de la Unión Europea, reconocen el carácter oneroso del contrato. El precepto citado afirma, en defecto, que la contraprestación podrá ser directa o indirecta. La contraprestación más común consiste en un doble pago. En primer lugar, suele fijarse en el contrato un derecho de entrada, *franchise fee* o *front money*, constituido por un pago único que realiza el franquiciado en el momento de estipular el contrato. En segundo lugar, suele pactarse un canon periódico, *royaltie* o *redevance*, esto es, una serie de pagos periódicos, calculados en general sobre la cifra de ventas del franquiciado.

³⁶ ORTUÑO (1997: 1.528).

³⁷ *Vid.* nota anterior.

³⁸ Siguiendo la terminología de GETE-ALONSO, MARTÍNEZ SANZ (1999: 707) considera que quizá lo más correcto sea entender que la franquicia goza de una «tipicidad de configuración», aun cuando no disponga de una regulación completa en el ordenamiento jurídico.

³⁹ MARTÍNEZ SANZ (1999: 707 y 708).

⁴⁰ MARTÍNEZ SANZ (1999: 708).

⁴¹ ECHEBARRÍA (1995: 148 y 518 ss.) y MARTÍNEZ SANZ (1999: 708), quienes recogen el parecer de otros autores. El recurso al contrato de agencia es el criterio por el que suele optar la doctrina alemana.

⁴² Preámbulo del Código Deontológico Europeo de la Franquicia. *Vid.* su texto en GALLEGO (1991: 219).

Por tal razón, el artículo 4 c) del Reglamento 4087/88 obligaba al franquiciado a indicar su calidad de comerciante independiente ⁴³ para proteger a los consumidores ⁴⁴.

Por lo que se refiere a la segunda circunstancia mencionada, debe resaltarse que la franquicia no es un contrato de cambio, sino de colaboración ⁴⁵ o cooperación entre empresarios ⁴⁶. Tal hecho no desvirtúa, aun así, el criterio de la separación entre las empresas ⁴⁷: la franquicia da lugar a una agrupación de empresas sin personalidad jurídica ⁴⁸.

En tercer lugar, el franquiciador ejerce facultades de dirección sobre el franquiciado. De hecho, son muy variadas las cláusulas de control que aparecen en los contratos de franquicia ⁴⁹. Aun así, las facultades de control, armonización y racionalización no deben ser excesivamente rígidas, porque no puede atribuirse la capacidad de decisión a quien no asume los riesgos de la actividad productiva. En esta línea se inscribe la regulación comunitaria, que permitía al franquiciador llevar a cabo controles en los locales del franquiciado o en los medios de transporte objeto del contrato, como también en los productos que se venden y en los servicios que se prestan, y en los inventarios y cuentas del franquiciado ⁵⁰. Pero todo ello en la medida en que tales actividades incidan de forma directa en la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador, en el mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red de franquicia o en el control del cumplimiento de las obligaciones que incumban al franquiciado.

2. LOS EFECTOS LABORALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Estamos ya en condiciones de estudiar las consecuencias laborales del contrato de franquicia. A tal fin, analizaremos en primer lugar el supuesto en que el franquiciado actúa como empresario

⁴³ El precepto citado añadía que «esta obligación no deberá sin embargo interferir la identidad común de la red franquiciada, derivada en particular del nombre o rótulo comunes y de la presentación uniforme de los locales y/o medios de transporte».

⁴⁴ La exposición de motivos del reglamento señalaba que la finalidad de esta obligación es «informar mejor a los consumidores, lo que ayuda a garantizar que éstos reciban una parte equitativa de los beneficios resultantes».

⁴⁵ GALLEGO (1991: 65 y ss.).

⁴⁶ ECHEBARRÍA (1995: 185).

⁴⁷ El grupo que crean las redes de franquicia presenta un grado de integración menor al propio de los grupos de sociedades, dada la limitación temporal y al hecho de que sólo incide, de forma indirecta y parcial, en determinadas áreas de la actividad empresarial. A diferencia de cuanto sucede en los grupos de sociedades, la empresa franquiciadora no incorpora de forma estructural a la empresa franquiciada. Por eso, la franquicia se halla más próxima al grupo de hecho (*Faktischekonzern*), o incluso al grupo de coordinación o estructura paritaria (*Gleichordnungskonzern*) (ECHEBARRÍA, 1995: 193 y ss.).

⁴⁸ ECHEBARRÍA (1995: 204).

⁴⁹ GALLEGO (1991: 57 y ss.).

⁵⁰ Artículo 3.2 h) del Reglamento 4087/88.

independiente, disponiendo de sus propios trabajadores (2.1). Estudiaremos luego la hipótesis del franquiciado como trabajador independiente, que no posee asalariados a su cargo, excepto los miembros de su familia (2.2).

2.1. El franquiciado como empleador.

En principio, el franquiciador y el franquiciado responden, como empresarios independientes, de sus respectivas obligaciones laborales (2.1.1).

Debemos analizar, aun así, los supuestos en que puede darse una comunicación de responsabilidades al franquiciador, bien porque el contrato de franquicia da lugar a una cesión ilegal de trabajadores (2.1.2) o a la formación de un grupo de empresas (2.1.3), o por la posible concurrencia de una sucesión de empresa, en cuyo caso también podrá ser responsable el nuevo franquiciado (2.1.4). También hablaremos de las consecuencias que puede tener la terminación del contrato de franquicia en el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo (2.1.5).

Aludiremos, por fin, a la conveniencia de establecer una actividad o responsabilidad conjuntas entre el franquiciador y el franquiciado (2.1.6).

2.1.1. Responsabilidad independiente del franquiciador y el franquiciado.

De forma adecuada, la jurisprudencia ha resaltado la licitud *prima facie* de los supuestos de descentralización productiva, en la medida en que son una manifestación del principio constitucional de la libertad de empresa⁵¹. En esta línea, al interpretar la cláusula de un convenio colectivo, la

⁵¹ En este sentido, se ha puesto de relieve que las contratas y subcontratas son un ejemplo más de la tendencia a la descentralización productiva, en virtud de la cual se desplazan hacia unidades de producción independientes o autónomas funciones o actividades que solía llevar a cabo antes una misma empresa. Tal práctica es, en principio, una opción lícita de organización de la producción y del trabajo. Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 8 de marzo de 1996 (Ar. 518), la libertad de empresa comprende, junto a la libre iniciativa de actividades económicas, la facultad del empresario de combinar los factores productivos según su propio criterio. El segundo aspecto permite al empresario elegir entre dos opciones de organización productiva: o realizar todo el ciclo de actividad de la empresa, o desplazar hacia otras empresas determinadas partes o actividades de ese ciclo. Así pues, para la sentencia citada, la subcontratación es, *prima facie*, una actividad lícita, que responde a motivaciones técnicas, organizativas o productivas incuestionables: en particular, las expectativas sobre la calidad o el menor coste de los productos que suministran o los servicios que prestan las empresas auxiliares; las consideraciones sobre la dimensión óptima de la plantilla desde el punto de vista de la gestión de personal, y las previsiones de ajuste a las oscilaciones de los mercados de productos.

Para una visión de conjunto de la descentralización productiva, véase MARIUCCI (1979: 157 ss.) y, en el derecho español, CRUZ VILLALÓN (1994).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998 ha precisado que la norma convencional no prohibía el recurso a las franquicias ni la descentralización productiva ⁵².

Pues bien: por lo dicho en las páginas anteriores, el contrato de franquicia presupone la independencia de las empresas, aunque dé lugar a una cooperación entre ellas y el franquiciador ejerza facultades de dirección sobre el franquiciado. En principio, pues, si la relación de franquicia se articula de forma correcta y no se utiliza con fines o efectos abusivos o fraudulentos, las entidades franquiciadas y la franquiciadora habrán de responder, en cuanto empresarios independientes, de sus respectivas obligaciones laborales. En suma, el contrato de franquicia despliega sus efectos en el ámbito mercantil, pero no en el laboral.

Puede indicarse, al respecto, que las facultades de dirección que se atribuyen al franquiciador no son absolutas en el ámbito laboral, aunque se dan en aspectos nada desdeñables, como la determinación del número mínimo y la composición del personal en la empresa franquiciada; la formación profesional de los trabajadores y del franquiciado, por medio de universidades de franquicia o cursos de especialización, dirección y reciclaje; el derecho a vetar directores de negocios o el personal que no se considera apto, o la existencia de supervisores ⁵³. Salvo los supuestos que analizaremos más abajo, la existencia de facultades de dirección por parte del franquiciador no tiene por qué destruir, en principio, la regla de la separación entre las empresas.

En este sentido se han pronunciado ya varias sentencias. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 1993 (Ar. 873) desestimó la pretensión de que una entidad franquiciadora hubiera de responder solidariamente con una franquiciada por el despido de un trabajador de esta última. El Tribunal declaró la exclusiva responsabilidad de la empresa franquiciada, habida cuenta de que la misma era la única que desempeñaba el papel de empresario respecto al trabajador, y de que no se había producido ni una cesión de empresa, ni una cesión ilegal de trabajadores.

⁵² Véase la sentencia en *Actualidad Laboral*, núm. 2, 11 al 17 de enero de 1999, ref. 60. En el supuesto de hecho, la cláusula cuarta del convenio colectivo aplicable a la empresa Telefónica España, S.A., para 1996, y cuya vigencia mantuvo el convenio de 1997-1998, se refería a un nuevo modelo comercial, en el que las tiendas propiedad de Telefónica eran «establecimientos gestionados directamente por Telefónica S.A., y atendidos con personal propio». El Tribunal Supremo da por probado, además, que la empresa ha creado una organización comercial bajo el nombre de Tiendas Telespacio, en la que se diferencian: las denominadas tiendas propiedad de Telefónica, S.A., reguladas en la cláusula 4.ª 4 del convenio colectivo de 1996, en las que presta servicios personal de Telefónica, S.A.; las concedidas bajo franquicia a otras filiales del grupo que encabeza Telefónica, S.A., en las que trabajan los empleados de tales filiales, por tener las mismas personalidad jurídica y patrimonio propio, y otro formado por quienes, con franquicia de Telefónica, S.A. y otros títulos jurídicos habilitantes, realizan su actividad comercial bajo el nombre de Telespacio, y son ajenas al grupo Telefónica, S.A. Pues bien: señala el Tribunal Supremo que el convenio colectivo tan sólo establece que las tiendas propiedad de Telefónica, S.A., deben ser atendidas con personal propio, «lo que en modo alguno equivale a que la empresa tenga prohibido conceder franquicias a otras entidades -filiales o no- para la explotación comercial de las llamadas "tiendas Telespacio"». La sentencia concluye que, «en realidad, un compromiso como el de la cláusula 4.ª del convenio de 1997-1998 sólo puede examinarse dentro de una valoración del conjunto de la gestión de la empresa y difícilmente puede ser materia propia de un conflicto colectivo jurídico, cuyo contenido normal versa sobre una declaración de carácter general y no sobre una petición de condena por un incumplimiento».

⁵³ ECHEBARRÍA (1995: 189).

En el supuesto de hecho de la sentencia, una trabajadora había suscrito un contrato para la formación con el titular de un supermercado. Más tarde, el empresario concertó un contrato de franquicia. En virtud del mismo, continuaba siendo el titular de la explotación del negocio, pero adjuntaba a su rótulo el del nombre comercial del franquiciador. La entidad franquiciadora aportaba la totalidad de las mercancías, que quedaban en depósito del franquiciado hasta su venta al público. Asimismo, el franquiciador aportaba los uniformes del personal y tenía un supervisor encargado del exacto cumplimiento de las normas de la compañía. La recaudación del supermercado la ingresaba el supervisor en la cuenta corriente de la entidad franquiciadora, y todos los albaranes figuraban a nombre de ésta. Más tarde, se realizaban las correspondientes liquidaciones.

Para la sentencia que hemos mencionado, el contrato de trabajo se había suscrito con el empresario antes de concertarse el contrato de franquicia, y prosiguió cuando este negocio jurídico empezó a desplegar sus efectos. El Tribunal consideró que el franquiciado siguió siendo el titular de la explotación, por más que el franquiciador mantuviera un supervisor que vigilaba el exacto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de franquicia. Tampoco se desvirtuaba la independencia de las empresas por el hecho de que se ingresase la recaudación diaria en la cuenta corriente que, a nombre de franquiciador y franquiciado, sólo podía ser objeto de disposición por parte de la compañía franquiciadora: como después se realizaban las correspondientes liquidaciones, resultaba indiferente para los terceros el orden en que se produjera la satisfacción de intereses del franquiciador y el franquiciado. Para la sentencia, al correr los gastos de la explotación por cuenta del franquiciado, era éste quien recibía los resultados prósperos o adversos del tráfico mercantil que se realizaba en su establecimiento.

Asimismo, al enjuiciar un contrato de colaboración comercial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 1997⁵⁴ afirma que, al igual que sucede en otros supuestos de descentralización productiva, tales como la ejecución de obra, el arrendamiento de servicios, la franquicia, la cuenta en participación o similares, y en especial los contratos parciarios, las empresas contratantes conservan su independencia con respecto a los trabajadores respectivos. El argumento que aduce la sentencia es que nuestro ordenamiento sólo establece reglas especiales de responsabilidad en el caso de las contratas (art. 42 del ET), pero no en otras hipótesis, salvo que se lleve a cabo una cesión ilegal de trabajadores (art. 43 del ET) o se cree un grupo de empresas. Así pues, la sentencia sienta la doctrina de que, fuera de los supuestos de comunicación de la responsabilidad que acaban de mencionarse, los supuestos de coincidencia en la actividad empresarial, cualquiera que sea el título por que surjan, no atribuyen la cualidad de empresario a todas las empresas coincidentes en el ámbito de que se trate⁵⁵.

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 13 de junio de 1997⁵⁶ señala que un contrato de franquicia no tiene por qué dar lugar a un grupo de empre-

⁵⁴ *Act. Lab.*, n.º 17, 21-27 abril 1997, ref. 590, pág. 1.150.

⁵⁵ La sentencia concluye: «Como en el caso no se aduce ni se aprecia ningún fenómeno de cesión ilegal, sólo pueden entenderse responsables solidarios a ambos empleadores si constituyen grupo empresarial en la actividad desarrollada por los actores».

⁵⁶ *Act. Lab.* 174/1998.

sas. En el supuesto de hecho, se trataba de una empresa dedicada a la actividad de mudanzas y transportes, que actuaba como franquiciador, y de sus antiguas sucursales, que se convirtieron en empresas franquiciadas. El Tribunal recuerda que el contrato de franquicia proviene del derecho norteamericano, y tiene carácter atípico y naturaleza mercantil. La sentencia subraya que tal contrato se celebra entre dos partes jurídicas y económicamente independientes, y añade que, en el supuesto de hecho juzgado, la empresa originaria y la que la sucede en concepto de franquiciador, cede o transmite a las sociedades mercantiles en las antiguas delegaciones o sucursales provinciales, y correspondientes entidades que las sustituyen, en calidad de franquiciados, los conocimientos técnicos y empresariales, la asistencia o metodología de trabajo propias de la industria o negocio de que se trata, al igual que una licencia de utilización de la marca, del rótulo y publicidad correspondiente, a cambio de una determinada contraprestación económica. Tales circunstancias no originan, en el ámbito laboral, la existencia de ninguna relación o vinculación jurídica. El franquiciado es un empresario diferenciado e independiente del franquiciador, cuya actuación consiste en realizar la actividad de industria o negocio en favor de los clientes, sin que se produzca, por ello, una unidad de empresa.

Expuesta la regla general, debemos analizar ahora los casos en que se produce una comunicación de responsabilidades al franquiciador o, en su caso, al nuevo franquiciado.

2.1.2. La responsabilidad por cesión ilegal de trabajadores.

Tanto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 1993 (Ar. 873) como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 1997 que hemos mencionado, advierten de la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores en los supuestos en que se realice un contrato de franquicia. Las mismas cautelas ha mostrado la jurisprudencia al enjuiciar la licitud de otras modalidades de descentralización productiva y, en particular, de las contratas y subcontratas.

Ha de advertirse que, en ocasiones, el recurso a las formas de descentralización productiva puede tener como motivación principal o exclusiva la intención de exonerarse de las responsabilidades laborales, mediante su desplazamiento hacia otras empresas. En el caso límite, puede tratar de situarse de forma artificial en la condición de empresario a alguien, frecuentemente de escasa solvencia, que no sea, en realidad, el verdadero empresario. De este modo, se impone la distinción entre la descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores: en primer lugar, porque aquélla es en principio lícita, mientras que la cesión de trabajadores se prohíbe, con la salvedad de las empresas de trabajo temporal; en segundo término, porque puede disimularse, con relativa facilidad, una cesión ilegal de trabajadores mediante la concertación de una «seudocontrata» o, en el caso que nos ocupa, de un contrato de franquicia.

La jurisprudencia ha reaccionado contra los supuestos de contratas ficticias y fraudulentas. Como esa doctrina ha de aplicarse a otros casos de descentralización productiva ⁵⁷, también habrá de utili-

⁵⁷ Se aplica también al arrendamiento de servicios, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 1996 (Ar. 1074).

zarse a la hora de determinar si un contrato de franquicia encubre, en realidad, una cesión ilegal de trabajadores. En resumen, la jurisprudencia exige -para la licitud del recurso a la contrata o subcontrata- que la empresa contratista disponga de una organización productiva con existencia autónoma o independiente, es decir, de los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad. Y, además de ser una verdadera empresa, debe organizar, dirigir y controlar de manera efectiva el desarrollo de la actividad, ejerciendo las funciones inherentes a la condición de empresario, y asumir las responsabilidades y los riesgos propios de la gestión empresarial ⁵⁸. Por eso, la cesión puede producirse aun si se trata de dos empresas reales, si el trabajador presta servicios de modo permanente para la otra y bajo las órdenes de ésta, y mucho más si trabaja, en realidad, de forma exclusiva en ésta ⁵⁹.

De las exigencias a que acabamos de referirnos, merecen destacarse de modo particular las relativas a la consistencia organizativa y directiva y a la asunción directa de los beneficios, responsabilidades y riesgos inherentes a la condición de empresario.

Como primer requisito, la empresa franquiciada habrá de tener una organización productiva con existencia autónoma o independiente. De no contar con medios materiales y personales para llevar a cabo su actividad, podríamos hallarnos ante una cesión ilegal de trabajadores ⁶⁰. Pero, en segundo lugar, la empresa franquiciada debe organizar, dirigir y controlar de manera efectiva el desarrollo de la actividad productiva, ejerciendo las funciones inherentes a su condición de empresario, y asumir las responsabilidades y los riesgos económicos propios de la gestión empresarial ⁶¹.

En suma, la celebración de un contrato de franquicia no empece que, en casos excepcionales, de falta de consistencia organizativa o de asunción de riesgos y responsabilidades por parte del fran-

⁵⁸ Vid. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 8 de marzo de 1996 (Ar. 518) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 1996 (Ar. 1074), que cita las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de enero de 1995 (Ar. 320) y de 20 de junio de 1994 (Ar. 2585), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de octubre de 1992 (Ar. 4789) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 7 de marzo de 1988 (Ar. 1863) y 16 de febrero de 1989 (Ar. 874).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1989 (Ar. 874) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero de 1996 (Ar. 299).

⁶⁰ Podemos citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 2 de mayo de 1996 (Ar. 1540), que constata la falta de consistencia empresarial de una empresa contratista que, a los dos meses de constituirse, suscribió un contrato con una universidad. La sentencia destaca el hecho de que la empresa no tuviese oficinas ni patrimonio, instrumentos o maquinaria propia. A esa falta de entidad empresarial se unía, por otro lado, una falta de organización propia y de dirección de la plantilla. En el supuesto de hecho, la empresa contratista se limitaba a proveer los trabajadores a la universidad, que ejercía de hecho el poder de dirección.

⁶¹ Muy ilustrativa es, al respecto, la jurisprudencia que consideró como trabajadores de Telefónica a los trabajadores que empleaban las empresas contratistas de los locutorios telefónicos (SSTS de 17 de julio de 1993, Ar. 5688; 15 de noviembre de 1993, Ar. 8693, y 18 de marzo de 1994, Ar. 2548). En los casos juzgados, fueron indicios determinantes de la decisión: el hecho de que los contratistas carecían de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales de la explotación; el que no asumieran los riesgos propios de la actividad empresarial, y el que tuvieran fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal. Todas esas circunstancias inducían a pensar que los trabajadores lo eran de la empresa Telefónica, bien por aplicación del artículo 43 del ET, o bien porque la relación laboral con la empresa contratista era una pura ficción que carecía de realidad y de virtualidad jurídica, y recaía en verdad en la compañía mencionada.

quiciado, pueda apreciarse la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, o se atribuya, pura y simplemente, al franquiciador la condición de empresario de los trabajadores de la empresa franquiciada.

2.1.3. La responsabilidad por existencia de un grupo de empresas.

El contrato de franquicia no tiene por qué crear un grupo de empresas, ni desde una perspectiva mercantil, ni, desde luego, jurídico-laboral: aunque coopera con el franquiciador y está sometido a sus facultades directivas, el franquiciado es un empresario independiente y soporta los riesgos del proceso productivo. Aun así, cuando concurren ciertos indicios, los tribunales no dudarán en aplicar la doctrina, ya muy elaborada, del grupo de empresas en el ámbito laboral. Tal calificación supondrá, o la consideración del franquiciador y el franquiciado como un único empresario, o, lo que parece más razonable, habida cuenta de la independencia formal entre ambos, la imputación de responsabilidad solidaria a uno y otro.

Como se sabe, la jurisprudencia ha elaborado una noción pragmática del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, con el fin de buscar un centro de imputación de las responsabilidades laborales. Tiene en cuenta ciertos indicios. Así, la existencia de una dirección única, la confusión de patrimonios⁶² o de plantillas⁶³, o la apariencia de unidad empresarial⁶⁴. Si se dan tales indicios, la jurisprudencia deduce de los mismos la concurrencia de un grupo de empresas, y establece la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran⁶⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia que hemos citado, la comunicación de responsabilidad entre la empresa franquiciadora y la franquiciada puede producirse si se da alguno de los siguientes indicios: unidad económica, unidad de dirección, confusión de plantillas y apariencia externa única. Tras hacer una breve referencia a cada uno de ellos, estudiaremos la responsabilidad solidaria a que da lugar el grupo de empresas.

⁶² Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1985 (Ar. 6094), 10 de noviembre de 1987 (Ar. 7838), 8 de junio de 1988 (Ar. 5256) y, pese a ser muy exigente respecto a la concurrencia de este dato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Ar. 4939).

⁶³ Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1978 (Ar. 2246), 4 de marzo de 1985 (Ar. 1270), 9 de febrero y 7 de diciembre de 1987 (Ar. 800 y 8851), 8 de febrero de 1988 (Ar. 594) y 31 de enero de 1991 (Ar. 200); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de marzo de 1992, *Act. Lab.*, ref. 953.

⁶⁴ Entre otras muchas, *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1968 (Ar. 126), 31 de mayo de 1988 (Ar. 4681) y 22 de diciembre de 1989 (Ar. 9073).

⁶⁵ Resumen la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Ar. 4939), 29 de mayo de 1995 (Ar. 4455), 20 de enero de 1997 (Ar. 618), 21 de enero de 1997 (Ar. 622), 29 de octubre de 1997 (Ar. 7684) y de 26 de enero de 1998 (Ar. 1062) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de enero de 1999 (Ar. 876). La primera de ellas recuerda que «la responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas (...), evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad». Pueden mencionarse también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 1995 (Ar. 4828) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de febrero de 1994 (Ar. 570).

Por lo que hace a la *unidad económica*, ha de señalarse que, en cuanto empresas independientes, franquiciador y franquiciado asumen sus respectivos riesgos y disponen de su propio patrimonio. En este sentido, el contrato de franquicia puede contener una cláusula en la que se indique que el franquiciado responderá del buen fin de las operaciones, y asumirá el riesgo y ventura de todas ellas, por lo que, sea cual fuere el resultado de las mismas, incluso en el caso de impago por parte de los clientes, deberá abonar a la entidad franquiciadora las cantidades correspondientes. Por otro lado, correrán por cuenta del franquiciado la utilización y mantenimiento de los medios materiales, los gastos de decoración y, en su caso, de alquiler, acondicionamiento y colocación de los correspondientes rótulos comerciales. En fin, se establecerán también de forma expresa los cánones o comisiones que el franquiciado deba pagar al franquiciador. En suma, no se dará, por regla general, una confusión de patrimonios entre ambos empresarios.

En lo que hace a la *unidad de dirección*, hay que tener en cuenta que una cierta dirección unitaria es consustancial tanto a la idea misma del grupo de sociedades desde el punto de vista mercantil, como a la figura mercantil del contrato de franquicia. Pues bien, de la misma forma que la existencia de un grupo mercantil no implica necesariamente que nos hallemos ante un grupo de empresas en el sentido laboral del término, con la consiguiente extensión solidaria de la responsabilidad, la necesaria relación de dominación y control del franquiciador sobre el franquiciado no puede significar, por sí sola, que la franquicia haga surgir un grupo laboral de empresas.

Desde un punto de vista laboral, la manifestación del poder de dirección empresarial a que ha de atenderse no es la comercial o la financiera, sino la que se ejerce sobre los trabajadores. Habrá que analizar, pues, quién ordena y dirige el contenido de la prestación laboral, coordinándola con la del resto de trabajadores de ese centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Al respecto, deberá indagarse quién tiene la facultad de determinar el número de trabajadores, y quién los contrata y paga sus sueldos y cargas sociales. También deberá estudiarse quién da las órdenes e instrucciones generales a los trabajadores sobre la organización y funcionamiento de la entidad en régimen de franquicia y sobre la prestación laboral en ésta, así como las órdenes e instrucciones particulares que se dirijan a un trabajador o grupo de ellos sobre el contenido y circunstancias de su trabajo. Asimismo, habrá que determinar quién ejerce la facultad de control de la prestación laboral, el *ius variandi* y el poder de modificación de la prestación laboral, así como el poder disciplinario.

Particulares problemas originan, en esta materia, dos de las cláusulas que suelen aparecer en los contratos de franquicia: las alusivas a la formación inicial y continua de los trabajadores, y las que otorgan al franquiciador la facultad de seleccionar los trabajadores del franquiciado, o de solicitar a éste la sustitución de uno o más trabajadores.

Por lo que se refiere al primer tipo, los contratos de franquicia suelen establecer que el franquiciador asume la obligación de proporcionar al personal de la entidad franquiciada un período de formación inicial y de entregarle las normas técnicas de la entidad franquiciadora. En principio, se trata de una obligación usual del franquiciador para con su franquiciado, que despliega sus efectos en el ámbito mercantil. No debe confundirse con la formación continua de los trabajadores, que

habría de incumbir, en general, a la empresa franquiciada e impartirse en los locales de que disponga el franquiciado y al amparo de sus propios planes de formación. El hecho de que el franquiciador asegure también la formación continua de los trabajadores podría constituir, desde un punto de vista laboral, un índice de la existencia de una dirección unitaria.

Algo más delicado es el análisis de las cláusulas que atribuyen al franquiciador la facultad de seleccionar los trabajadores del franquiciado, o de solicitar su sustitución, en caso de faltas profesionales graves o desconocimiento repetido de las normas técnicas de la entidad franquiciadora. Con tal atribución, surge la duda de si no se está confiriendo al franquiciador el ejercicio, en su grado máximo, de la libertad de contratación y de los poderes de despido y disciplinario con respecto a los trabajadores de la entidad franquiciada. Para resolver ese interrogante, habrá que estudiar las circunstancias de cada supuesto concreto, para ver si nos hallamos ante una pura solicitud, que no obliga al franquiciado, o ante un auténtico derecho del franquiciador, que implica un correlativo deber del franquiciado de cumplir esa imposición.

En caso de que la voluntad de las partes del contrato de franquicia sea la de atribuir al franquiciador un derecho a ordenar la contratación o las sustituciones del personal, con el deber del franquiciado de cumplir esa orden, no parece descabellado entender que puede darse una comunicación de responsabilidades del franquiciado al franquiciador: al no gozar el franquiciado de una completa libertad para contratar, o para sancionar o despedir a los trabajadores, por las consecuencias que acarrearía el desconocimiento de la solicitud del franquiciador, no se le podría declarar completamente responsable, en caso de que despidiera a algún trabajador por indicación o a solicitud de la entidad franquiciadora.

La posible concurrencia de una dirección única es uno de los indicios que harán surgir, de forma más clara, un grupo laboral de empresas.

Pasando ya al tercero de los requisitos, debemos indicar que, como consecuencia de la franquicia, no tiene por qué darse una *confusión de plantillas*. Los trabajadores de cada empresa seguirán prestando sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de sus respectivas empresas. Pero, como revela el estudio de la jurisprudencia, tal confusión puede darse en la práctica.

Analicemos, por último, la nota de la *apariencia externa única*. La unidad en la apariencia externa se da, como un elemento consustancial a la figura de la franquicia, en las relaciones comerciales con los clientes. Ahora bien: el contrato de franquicia, que obliga a utilizar la marca del franquiciador en el ámbito señalado, es lógico que la prohíba en otras relaciones no comerciales, como sucede con las de índole laboral. De este modo, los trabajadores de la empresa franquiciada conocerán, en todo momento, que su empresario no es el franquiciador, sino el correspondiente franquiciado. E, incluso, será común que la empresa franquiciada haga incluir, en la parte expositiva de los contratos laborales, un apartado que recoja de forma expresa el conocimiento, por parte del trabajador, tanto de la relación de franquicia, como de su absoluta desvinculación laboral con la empresa franquiciadora. Será, pues, difícil que concorra este indicio.

Tras haber analizado los requisitos que exige la jurisprudencia, debemos estudiar ahora la responsabilidad solidaria de franquiciador y franquiciado, en los supuestos en que concurra un grupo de empresas. Por lo dicho, parece claro que las relaciones de dominación no son una finalidad directa del contrato de franquicia, pero pueden surgir en el caso concreto, lo que dará a la creación de un verdadero grupo de empresas ⁶⁶. Delicada resulta, en particular, la posición del franquiciador en las franquicias córner integradas en las grandes superficies, que demuestran el carácter relativo del poder de dirección laboral del franquiciado y el hecho de que éste se halla sometido, en no pocos casos, a un poder disciplinario del franquiciador ⁶⁷.

En la jurisprudencia, la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 1993 (Ar. 873) rechazó la responsabilidad solidaria del franquiciador en un supuesto en que el franquiciado era el titular de un supermercado ⁶⁸. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el voto particular a la sentencia ya indicaba que el empresario podía asumir, de hecho, la titularidad empresarial, desplazando a la entidad franquiciada, si el titular de la marca o la red comercial llevaba su control hasta el extremo de dirigir el proceso productivo, dar instrucciones a los trabajadores y recaudar el resultado de la venta de los productos: en ese caso, debía responder, como tal empresario, del cumplimiento de las obligaciones laborales. Por su parte, la doctrina advirtió que la sentencia citada no podía suponer una solución definitiva al problema, porque la misma enjuiciaba un contrato de franquicia en que la dependencia se hallaba limitada: ante un supuesto de hecho más cercano a los controles habituales del franquiciador en la selección y formación de los trabajadores, era probable que se apreciase la interposición fraudulenta o la cotitularidad de la condición empresarial ⁶⁹.

Eso es lo que sucedió en la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de septiembre de 1994 (Ar. 3532), que declaró la responsabilidad solidaria de dos empresas ligadas por un contrato de franquicia y otro de mandato. Pese a su separación formal en empresas distintas, habían actuado bajo una dirección y organización comunes; la prestación de servicios se había realizado para ambas de forma simultánea, y los patrimonios presentaban un elevado nivel de comunicación.

⁶⁶ ECHEBARRÍA (1995: 196).

⁶⁷ ECHEBARRÍA (1995: 189), quien advierte que, de forma esporádica, tal circunstancia ha supuesto la concepción del franquiciador como empresario en el ámbito laboral. Cita, en tal sentido, algunos pronunciamientos de la jurisprudencia alemana.

⁶⁸ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de marzo de 1996 (Ar. 1908) consideró un arrendamiento de parte de local de negocio, y no una contrata, el pacto en virtud del cual el propietario de una gran superficie arrendaba a un comerciante un local para la venta de productos. Es interesante destacar que, en el supuesto de hecho, el arrendatario tenía que aceptar ciertas condiciones impuestas por el arrendador en materia de decoración del local y de precios de los productos que se ofrecieran en él, al objeto de mantener una determinada imagen de la totalidad del complejo comercial. Además, el arrendatario tenía que someterse a ciertas normas preestablecidas en materia de horarios, carga y descarga o limpieza. Según la sentencia, esas instrucciones son lógicas para armonizar toda la zona comercial, y entran en la libertad de contratación que consagra el artículo 1.255 del Código Civil.

⁶⁹ ECHEBARRÍA (1995: 196 y 197, nota 239).

Así pues, en ciertos casos, los tribunales no dudarán en aplicar la doctrina, ya mencionada, del grupo de empresas en el ámbito laboral. Tal calificación supondrá, o la consideración del franquiciador y el franquiciado como un único empresario, o, lo que parece más razonable, habida cuenta de la independencia formal entre ambos, la imputación de responsabilidad solidaria a uno y otro.

2.1.4. La responsabilidad por sucesión de empresa.

En el estudio de la responsabilidad laboral por sucesión de empresa, hemos de distinguir dos momentos: el comienzo de la vigencia (2.1.4.1) y la terminación del contrato de franquicia (2.1.4.2).

2.1.4.1. La sucesión de empresa en el comienzo de la vigencia del contrato de franquicia.

Puede producirse una sucesión de empresa al comenzar la vigencia del contrato de franquicia cuando el franquiciado continúe la actividad comercial de la entidad franquiciadora (2.1.4.1.1). Por el contrario, no tendrá lugar una sucesión de empresa cuando se cree *ex novo* una franquicia en una zona comercial en que no se encontraba aún implantado el franquiciador (2.1.4.1.2).

2.1.4.1.1. Continuación por el franquiciado de la actividad comercial del franquiciador.

Como acabamos de señalar, puede darse una sucesión de empresa si el franquiciado continúa la actividad comercial del franquiciador.

Tal circunstancia no plantea dudas si el franquiciado se hace cargo de los mismos locales y elementos patrimoniales y personales que utilizaba el franquiciador. En tal hipótesis, se produce un cambio de titularidad en el desempeño de la actividad empresarial y una transmisión de los elementos patrimoniales de la explotación, amén del fondo de comercio de la entidad franquiciadora.

Más problemático es el supuesto en que el franquiciado continúa la actividad comercial en un local y con medios patrimoniales diferentes a los que había empleado el franquiciador, pero en la misma zona territorial de influencia. En este caso, no cabe excluir que se produzca una sucesión de empresa. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de la empresa, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate. Entre ellas figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Dichos elementos son, tan sólo, aspectos parciales de la evalua-

ción de conjunto que debe hacerse, y no pueden, en consecuencia, apreciarse de forma aislada ⁷⁰. De forma clara, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha precisado que la falta de transmisión de los elementos del activo no excluye, por sí sola, la existencia de una transmisión de empresa ⁷¹. Ha acogido así una noción funcional de la empresa, concibiéndola no tanto como una mera actividad, cuanto como un conjunto de medios organizados ⁷². En ese contexto hay que entender el artículo 1.1 b) de la Directiva 77/187/CEE, en la redacción dada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 ⁷³.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de marzo de 1986, asunto 24/1985, *Spijkers*, Rec., pág. 1.119; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/1991, *Redmond Stichting*, Rec., pág. I-3.189; STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/1995, *Ayse Sützen contra Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* (Ar. 45), ponente Sr.D. JEAN-PIERRE PUISS.OCHET.

⁷¹ Así, la directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, se ha aplicado a los casos en que, aun no transmitiéndose elementos del activo, la empresa titular de una concesión de venta de vehículos automóviles para un territorio determinado cesa en su actividad, y la concesión se transmite a otra empresa, que se hace cargo de una parte de los trabajadores y se beneficia de la promoción comercial desarrollada con la clientela (STJCE de 7 de marzo de 1996, asuntos núms. C-171 y C-172/1994 acumulados, *Albert Merckx y Patrick Neuhuys contra Ford Motors Company Belgium, S.A.*, Ar. 41, de la que fue ponente el Sr.D. FEDERICO MANCINI). Recoge el mismo criterio la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997, *Sützen* (Ar. 45).

Algunos pronunciamientos de nuestros Tribunales parecen situarse en la misma línea. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 1998 (Ar. 2827) analiza si existió sucesión de empresas, al producirse un cambio de concesionario, una vez finalizado el contrato de distribución y asistencia de los productos de las marcas Volkswagen y Audi. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias rechaza que tal fuera el caso, debido a la extinción previa de los contratos de trabajo por despido colectivo, en el que participaron los representantes de los trabajadores (STS de 24 de julio de 1995, Ar. 6331). Pero interesa recalcar que, apoyándose en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de marzo de 1996, asuntos núms. C-171 y C-172, la sentencia declara que, en un supuesto como éste, la sucesión de empresa viene determinada por la transmisión de la marca, que posee un valor económico y una relevancia económica mayores que la transmisión de inmuebles, maquinaria o cualquier otro elemento del activo: posibilita la actividad, y a ella están afectos los clientes y los derechos de éstos sobre los vehículos, de manera que el público adquiere el vehículo de una determinada marca, pero no el que vende un determinado concesionario en atención a aquélla. En suma, el nuevo concesionario se queda con lo más relevante de la empresa anterior: la marca. De ahí que el simple cambio de concesión no impida la aplicación del artículo 44 del ET.

Puede mencionarse también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de febrero de 1996 (Ar. 281), según la cual el alcance que la jurisprudencia ha asignado al artículo 44 del ET excede de la mera situación de una transmisión patrimonial, y abarca también la subrogación de una empresa en la actividad de otra, aunque se produzca con los medios materiales y humanos propios de la subrogada. La sentencia destaca que, en ese caso, la sucesión de empresa se fundamenta en la actividad o clientela, el facto más importante desde un punto de vista económico. El supuesto es interesante, porque enjuicia un caso en que una empresa de transporte comienza a atender a sus clientes de modo directo y con sus propios medios, sin facilitárselos a otra empresa, como había hecho hasta entonces.

En fin, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 6 de julio de 1992 (Ar. 3629) considera un supuesto de sucesión de empresa la compraventa del fondo de comercio, en la medida en que la empresa sigue funcionando. La sentencia pone de relieve que el cambio de titularidad de la empresa no sólo se produce cuando se transfiere una empresa con sus elementos objetivos, subjetivos y de organización, sino también cuando se produce un cambio de titular en una actividad productiva o servicio.

⁷² SERRANO OLIVARES (1997: 83 y ss.).

⁷³ Dicho precepto señala: «Se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesoria».

En el caso que analizamos, el franquiciado no inicia una actividad comercial genérica, sino que continúa la actividad comercial de la marca del franquiciador, con sus mismos emblemas y símbolos, y explotando, en definitiva, el mismo *know-how*, técnicas, sistemas o procedimientos y la experiencia acumulada por el franquiciador. Además, esa actividad se desarrolla en el mismo ámbito territorial de la sucursal de la empresa franquiciadora que se cierre. Por otro lado, cabe pensar que se produce la transmisión de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación: en efecto, en el caso concreto de las franquicias, los elementos verdaderamente esenciales para la explotación del negocio no son el mobiliario o el local, aunque puedan tener un indudable valor económico: el elemento fundamental de la explotación es el fondo de comercio, la clientela obtenida, o que se pueda obtener, por la explotación de la marca, la buena imagen y el sistema de técnicas comerciales, ya experimentado con éxito, del franquiciador⁷⁴. En suma, el fondo de comercio constituye un elemento patrimonial imprescindible e insustituible: es el factor que mueve, en última instancia, a un empresario a asociarse a una red de franquicias y, por eso, será normalmente el elemento de mayor valor económico, y, en cualquier caso, el único elemento patrimonial que no puede faltar.

Dadas las peculiares características del contrato de franquicia, en que la clientela, la marca o el «saber hacer» tienen una importancia muy superior a los puros elementos patrimoniales, habrá que tener en cuenta dos circunstancias, en particular, a la hora de determinar si ha habido o no una sucesión de empresa. Por un lado, si el franquiciado se ha hecho o no cargo de la mayoría de los trabajadores del franquiciador: en principio, no podrá aplicarse el artículo 44 del ET si se extinguen de forma válida los contratos antes de producirse el cambio de titular⁷⁵; además, si el franquiciado pro-

⁷⁴ Sigue tal criterio, para diferenciar una franquicia y un comercio tradicional dentro de un determinado sector, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 4289). La misma concluye que la clientela es diferente en uno y otro caso, y que acudirán al nuevo negocio quienes se vean atraídos por la publicidad y la imagen que ofrece el franquiciador, lo que es distinto al buen nombre comercial o la buena fama que puede tener un comercio tradicional.

⁷⁵ No debe olvidarse que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys* (Ar. 41) tuvo en cuenta, para aplicar la Directiva 77/187/CEE, que el nuevo concesionario se hizo cargo de una parte del personal del anterior. Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (Ar. 45), rechazó que se aplique esa Directiva cuando, aparte de faltar la cesión de activos entre el antiguo prestatario de servicios y el contratista, el nuevo prestatario no asume los trabajadores de aquél. También mencionaba la circunstancia de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de marzo de 1986, asunto 24/1985, *Spijkers* (Ar. 65).

En la jurisprudencia española, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1995 (Ar. 6331) sentó la doctrina de que el artículo 44 del ET no puede aplicarse si, antes de que se produzca el cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con una de las causas que prevé la ley, como sucede cuando se lleva a cabo un despido colectivo, autorizado por la administración. Sigue el mismo criterio la Sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 1998 (Ar. 2827).

El problema radica en determinar cuándo es válida la extinción de los contratos que se producen poco antes de la transmisión. Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de marzo de 1998, asunto C-319/1994, *Jules Dethier Equipement, S.A. contra Jules Dass.y/Sovam SPRL* (Ar. 45), el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización. Ahora bien, los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de la empresa, y de los que no se haya hecho cargo el cesionario, pueden invocar frente a éste la ilegalidad de dicho despido. Ya antes, había sentado esta doctrina la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de junio de 1988, asunto 101/1987, *Bork International y otros, Rec.*, pág. 3057). En nuestra doctrina, puede verse el trabajo de RODRÍGUEZ-PIÑERO (1988f).

sigue la actividad con sus propios medios personales y materiales organizados, esto es, a través de su propia empresa, resultará difícil sostener que continúa una empresa en cuanto entidad económica organizada ⁷⁶. La segunda circunstancia a que aludíamos es si se ha producido una suspensión de las actividades y, en su caso, la duración de la misma: será difícil considerar que ha habido sucesión de empresa cuando transcurra mucho tiempo entre el cese de la actividad del franquiciador y la reanudación de la misma por el franquiciado.

2.1.4.1.2. Creación *ex novo* de una franquicia en una zona comercial en que no se encontraba aún implantado el franquiciador.

No se da una sucesión de empresa cuando la franquicia se crea *ex novo* en una zona comercial en que aún no se halla implantado el franquiciador. No hay cambio de la titularidad en el desempeño de la actividad empresarial, ya que se desarrollará, por vez primera en esa zona, la actividad a que se dedique el franquiciador, con sus propias técnicas, sistemas y procedimientos de trabajo y comercialización. Tampoco se produce una transmisión patrimonial, ni siquiera del fondo de comercio, pues el mismo no existe aún en esa zona cuya explotación se concede a la empresa franquiciada, y tan sólo se da una licencia de explotación de la marca, técnicas, sistemas y procedimientos comerciales en la nueva zona.

La jurisprudencia tan sólo ha analizado si se produce una sucesión de empresa cuando coincide la actividad de un empresario que se jubila y arrienda su local, y la del empresario que comienza a explotar en él la franquicia de una marca extranjera. En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 4289) rechazó que se hubiese producido una sucesión de empresa en un supuesto en que, concertado un arrendamiento tras la jubilación de una empresaria del sector del comercio textil, la arrendataria comenzó a explotar una franquicia de la marca Cacharel en el local. Una trabajadora, cuyo contrato se había extinguido al producirse la jubilación, demandó por despido a la entidad franquiciada. La sentencia dio por probado que, antes de sobrevenir la jubilación, se había anunciado en los medios de comunicación la liquidación de existencias por cese del negocio, y se había vendido la mayor parte del género del comercio, así como el mobiliario del local. Días después de producirse la extinción del contrato de trabajo, la empresaria y su marido arrendaron el local y, en el contrato, se pactó que la parte arrendataria podía destinar el local a la actividad que considerase oportuno. La arrendataria obtuvo una licencia de apertura del establecimiento, para llevar a cabo la actividad de comercio de prendas de vestir y de lencería. El objeto concreto de la actividad comercial era la venta de productos de la firma Cacharel en régimen de franquicia. A fin de adaptarse a las exigencias derivadas de la franquicia, se habían realizado en el local arrendado obras de remodelación de la fachada, se había instalado un nuevo sistema de iluminación y de seguridad y se había adquirido un nuevo mobiliario y material de decoración. Además, la arrendataria se había dado de alta en la luz y el teléfono.

⁷⁶ SERRANO OLIVARES (1997: 86).

Con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1986, 5 de febrero de 1991 (Ar. 800) y 21 de marzo de 1992 (Ar. 1860), la sentencia a que aludimos entendió que se había producido, tan sólo, un arrendamiento de local de negocio, y no la transmisión de una unidad productiva susceptible de explotación. El nuevo empresario necesitaba un local, un espacio físico donde instalar su propia organización. A la arrendataria le hubiese sido útil cualquier local que reuniese unas determinadas características de tamaño y emplazamiento, con independencia de la actividad que en el pasado se hubiese desarrollado en él.

Para la sentencia, la actividad de la nueva empresa tenía un origen extranjero y una significación internacional, frente a la estricta local y de establecimiento único de la antigua empresaria. El régimen de franquicia había supuesto la realización de obras importantes de adaptación a las características de actividad e incluso estética de la marca, un régimen de proveedor único e incluso también de reparto de beneficios, además de una clientela diferente, incluso desde un punto de vista sociológico, con respecto a la empresa tradicional que se hallaba situada antes en el mismo local. No sólo era trascendente la ubicación del local, sino que en el mismo se vendiesen productos de una marca concreta: atraer a los clientes por la publicidad y la imagen que ofrecen los medios de comunicación, es algo distinto al buen nombre comercial o la buena fama que puede tener un comercio tradicional.

En definitiva, la sentencia concluyó que, aun coincidiendo la actividad de las dos empresas, el régimen específico de la franquicia no permitía hablar de sucesión de empresa, sino tan sólo de la cesión de un local de negocio.

Por otro lado, y para la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1 de León de 7 de octubre de 1997 ⁷⁷, se produce una sucesión de empresa cuando, además de suscribirse los oportunos contratos de compraventa de la empresa, el gerente de la adquirente pasa a dar las órdenes e instrucciones necesarias para el funcionamiento de las explotaciones compradas, sin que el anterior propietario desempeñe funciones de dirección desde las mismas fechas. Según la sentencia, las alegaciones de que se había creado una franquicia y había habido un desahucio de locales eran meros recursos técnicos para encubrir la compra de la empresa, máxime si el empresario anterior, aunque había mostrado su conformidad, se encontraba en una situación de suspensión de pagos. Por tales razones, la sentencia considera que existía una responsabilidad solidaria.

2.1.4.2. La sucesión de empresa en la terminación del contrato de franquicia.

En caso de que termine el contrato de franquicia, el franquiciador puede continuar la actividad del franquiciado. Se produce entonces la sucesión, si se hace cargo de los locales y de los elementos materiales y personales del franquiciado. Por las razones expuestas más arriba, podría producirse la sucesión aunque no se transmitan elementos del activo, en la medida en que el fondo de comercio revierte al franquiciador.

⁷⁷ *Act. Lab.* 160/1998.

También puede suceder que la terminación de una franquicia dé lugar, sin solución de continuidad, al comienzo de otro contrato de franquicia en el mismo ámbito territorial. En esta hipótesis, no es posible descartar que el nuevo franquiciado se subrogue en la posición del anterior, con lo que el franquiciador queda exonerado, en principio, de toda responsabilidad laboral. Debe tenerse en cuenta que los tribunales han llegado a esa solución en los casos de arrendamientos de empresa, cuando un arrendatario sustituye a otro ⁷⁸. Cabe imaginar que el criterio sentado en relación con el arrendamiento de empresa se aplica también al caso de las franquicias, al darse entre ambos una identidad en la razón para decidir. La jurisprudencia mencionada supera la exigencia del llamado tracto directo entre los sucesivos titulares de la unidad productiva que se transfiere. Los sucesivos arrendatarios no celebran ningún negocio jurídico entre ellos, sino que la transferencia y la subrogación se debe a sendos contratos que cada uno celebra con un tercero: el arrendador. De forma análoga, en el supuesto de las franquicias, los sucesivos franquiciados mantienen sus respectivas relaciones con el franquiciador, sin que exista un tracto directo entre ellos. Habrá, pues, que discernir si se transmite una entidad económica que mantiene su identidad. En el análisis de los hechos, y por las razones ya expuestas, habrá que prestar una atención particular a dos circunstancias: si el nuevo franquiciado se hace cargo o no de la mayoría de los trabajadores, y lo que dure, en su caso, la suspensión de la actividad.

2.1.5. Contrato de franquicia y extinción del contrato de trabajo.

Con respecto a la extinción del contrato de trabajo, la franquicia suscita un problema inicial: el de saber si es posible despedir a los trabajadores que trabajan para una empresa, a fin de crear una red de franquicias (2.1.5.1). Debe atenderse también a las consecuencias que produce la terminación del contrato de franquicia (2.1.5.2).

2.1.5.1. La extinción de los contratos de trabajo previa a la creación de una red de franquicias.

En Alemania, el Tribunal Federal de Trabajo ha admitido, en una sentencia de gran relieve, que el empresario es libre para reorganizar la empresa, recurriendo al trabajo autónomo en vez de al trabajo por cuenta ajena. El empresario deseaba transformar su red de sucursales en una red de establecimientos franquiciados. El Tribunal consideró legítimo que el empresario despidiese a su personal, y ofreciese a los empleados despedidos el estatuto de colaboradores libres (*freie Mitarbeiter*) ⁷⁹.

⁷⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 2 de marzo de 1987 (Ar. 863 y 1307) y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de febrero de 1988, asunto 324/1986, y de 5 de mayo de 1988, asuntos 144-145/87.

⁷⁹ Bundesarbeitsgericht, 9 de mayo de 1996, *Der Betrieb*, 1996, 2033 (caso WEIGHT WATCHERS), *cit.* por SUPLOT y otros (1999: 31, texto y nota 13).

En nuestro país, la respuesta al problema dependerá de lo que se entienda por causa económica, técnica, organizativa o de producción [arts. 51 y 52 c) ET]. En la interpretación de esa noción, habrá de llevarse a cabo una concordancia práctica entre el principio de la libertad de empresa (art. 38 de la CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1 de la CE) y la cláusula del Estado social (art. 1 de la CE). Como se sabe, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha deducido del derecho al trabajo el principio de estabilidad en el empleo, que exige la existencia de una causa justa para que sea legítimo el despido.

2.1.5.2. Terminación del contrato de franquicia y extinción del contrato de trabajo.

El contrato de franquicia puede extinguirse por causas tales como la resolución por incumplimiento o la denuncia del contrato a tiempo determinado o con fijación de cláusula resolutoria expresa ⁸⁰. En esta materia, puede distinguirse entre franquicias de duración determinada e indeterminada, y merece un estudio particular el problema del resarcimiento de daños, tanto por la clientela como por las inversiones o gastos de confianza y los *stocks* sobrantes ⁸¹.

Sin pretender agotar la compleja problemática que suscita la extinción del contrato de franquicia, vamos a tratar dos cuestiones: si es posible vincular la duración del contrato de trabajo a la del contrato de franquicia (2.1.5.2.1) y a quién debe imputarse el pago de las indemnizaciones por despido (2.1.5.2.2).

2.1.5.2.1. Vinculación de la duración del contrato de trabajo a la del contrato de franquicia.

Debemos plantearnos si la suerte que corra el contrato de franquicia puede afectar a la pervivencia del contrato de trabajo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 7 de mayo de 1998 (Ar. 1761) ha admitido, como causa de extinción de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, la terminación del contrato de franquicia que ligaba a la empresa con la entidad franquiciadora. El Tribunal arguye que, teniendo el contrato de trabajo el mismo objeto que el de franquicia, la extinción de ésta motiva la válida resolución del vínculo laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.1 c) ET.

La sentencia se inscribe en la línea que han trazado algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, para los cuales es legítimo vincular la duración de un contrato para obra o servicio deter-

⁸⁰ Para un estudio detallado de las causas de extinción del contrato de franquicia, véase ECHEBARRÍA (1995: 425 ss.).

⁸¹ GALLEGO (1991: 99 ss.) y ECHEBARRÍA (1995: 520 ss.).

minado a la pervivencia de una contrata ⁸² o una concesión ⁸³. No existe unanimidad, en la doctrina, acerca de la corrección de esa jurisprudencia ⁸⁴. Particulares reparos ofrece el hecho de que, de ese modo, el empresario traslada al trabajador el riesgo de empresa, alterando así los presupuestos mismos en que se fundamenta el contrato de trabajo.

2.1.5.2.2. Imputación de las indemnizaciones por despido.

La extinción del contrato de franquicia puede dar lugar: o a una sucesión de empresa, si se obliga al franquiciador, o al nuevo franquiciado, a asumir los trabajadores del antiguo franquiciado;

⁸² La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1997 (Ar. 497) analiza un supuesto en que una empresa de servicios de vigilancia y seguridad celebra varios contratos de obra o servicio determinado para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad cuya duración se hace coincidir con la vigencia de la contrata que se suscribe con la empresa contratante. Según el Tribunal Supremo, si bien es cierto que la prestación de servicios de vigilancia y seguridad constituye la actividad normal tanto de la empresa contratante como de la contratista, esto no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo que para la empresa contratista se deriva de las condiciones de temporalidad en que se pacta la realización de los servicios con un tercero y por cuenta de éste. Ahora bien: la sentencia añade que, incluso si los contratos no pudieran calificarse, en sentido estricto, como de obra o servicio determinado, la cláusula de limitación temporal de la eficacia del contrato de trabajo resultaría válida: se trataría de una condición o un término resolutorios y, por responder a una exigencia objetiva y justificada de la empresa, no cabría apreciar un abuso. Confirmó este criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1997 (Ar. 6133). Para un análisis de esta línea jurisprudencial, *vid.*, por todos, REY GUANTER y SERRANO OLIVARES (1998) y MERCADER (1999: 26 y ss.).

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1998, recurso núm. 1767/1998, inédita, ponente Excmo. Sr. D. LUIS GIL SUÁREZ. En el supuesto, se trataba de una trabajadora auxiliar de ayuda a domicilio. Por su importancia, transcribimos los argumentos del Tribunal Supremo.

Afirma que «en casos como el presente es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste».

La sentencia añade: «En este sentido no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato. Concluye esta sentencia admitiendo la validez, como contrato temporal concertado bajo la cobertura del contrato por servicio determinado».

⁸⁴ Para REY GUANTER y SERRANO OLIVARES (1998: 351), el criterio jurisprudencial ofrece a las partes la posibilidad de establecer causas de temporalidad -distintas a las que establece el art. 15 del ET-, mediante las figuras del término o de la condición resolutoria, siempre que respondan a necesidades objetivas y justificadas. Para estos autores, debe corresponder a la negociación colectiva un papel principal en la delimitación de esas necesidades. Crítico con esta jurisprudencia se ha mostrado MERCADER (1999: 28 y ss.), que resume el parecer de otros autores.

o bien a un despido de los trabajadores del franquiciado. Hemos estudiado ya la primera hipótesis al analizar la responsabilidad por sucesión de empresa ⁸⁵.

Por lo que hace al segundo de los supuestos mencionados, el problema estriba en determinar a quién debe imputarse el pago de las indemnizaciones por despido. Las indemnizaciones puede pagarlas o el antiguo franquiciado, que contrató los trabajadores; o el franquiciador, como causante de la terminación del contrato, o el nuevo franquiciado que no desea continuar con la relación ⁸⁶.

En Bélgica, la Ley de 13 de abril de 1971 dispuso que, salvo culpa grave del franquiciado, éste puede pretender, en caso de extinción del contrato, una indemnización complementaria, que tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, las indemnizaciones por despido que el franquiciado ha de entregar a sus trabajadores tras la extinción ⁸⁷.

En Francia, la jurisprudencia ha admitido los pactos en virtud de los cuales se decida quién debe correr con el pago de la indemnización por despido. A excepción de los daños y perjuicios por ruptura abusiva, que deberá soportar el autor de la misma, en la práctica es frecuente que sean de cuenta del antiguo franquiciado ⁸⁸. Por su parte, la doctrina intenta hacer correr al franquiciador con la carga de las compensaciones, bien incluyéndolas en el concepto genérico de perjuicios derivados del abuso, bien acudiendo a la teoría de los vicios del consentimiento ⁸⁹.

Por lo que mira a nuestro derecho, salvo que se produzca una sucesión de empresa o se haya vinculado la duración de los contratos de trabajo a la vigencia del contrato de franquicia, la extinción de ésta debe considerarse, en principio, como un supuesto de caso fortuito, cuyo riesgo ha de asumir el franquiciado. A él corresponderá, pues, en general, pagar las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [arts. 51 y 52 c) ET]. Son válidos, sin embargo, los pactos que obliguen al franquiciador a compensar al franquiciado por las indemnizaciones que haya de abonar a sus trabajadores.

⁸⁵ En Francia, la jurisprudencia es vacilante en este punto (GALLEGO, 1991: 118). A veces, aplica el artículo L. 122-12 *Code du Travail* para fundamentar la obligación del franquiciador de mantener la relación laboral (Cass. Soc., 9 noviembre 1982, *Ch. dr. ent.*, 3, 1982, págs. 23 y ss.). Otras alega ese precepto para justificar la misma obligación por parte del nuevo franquiciado (Cass. Com., 24 mars 1970, *D.*, 1970.31), y en otras, afirma que puede prescindir del trabajador si ya dispone de empleados suficientes, o si prefiere utilizar otras modalidades de comercialización (Cass. soc., 6 mars 1974, *D.*, 1974.473).

⁸⁶ GALLEGO (1991: 118).

⁸⁷ GALLEGO (1991: 110 y 111).

⁸⁸ Cass. Soc., 30 mai 1980, Bull. civ., IV-355. *Vid.* GALLEGO (1991: 118).

⁸⁹ GALLEGO (1991: 118) recoge las opiniones de GUYENOT y MAYMON-GOUTALOUY.

2.1.6. Conveniencia de introducir las nociones de actividad y responsabilidad conjunta del franquiciador y el franquiciado.

El Derecho del Trabajo tradicional no ha prestado una gran atención al empresario. El centro de gravedad del Derecho del Trabajo lo ha constituido la figura del trabajador, y el empresario ha sido, tan sólo, la contraparte de éste en el contrato de trabajo ⁹⁰.

La dogmática del contrato de trabajo se ha construido en torno a la presencia de un único empresario ⁹¹. En un momento como el actual, en que se mezclan la descentralización productiva y la concentración de empresas, el modelo tradicional es insuficiente. El ordenamiento ha desconfiado de las relaciones triangulares de trabajo. Para dar respuesta a los nuevos fenómenos, el Derecho del Trabajo ha mantenido el carácter bilateral de la relación, y ha acudido, en general, a la técnica de la responsabilidad solidaria. Cuando no ha tenido más remedio que aceptar la presencia de relaciones triangulares de trabajo, en la relación de los estibadores portuarios y en las empresas de trabajo temporal, ha mantenido la ficción de la existencia de un único empresario, que cede parte de sus poderes a otro sujeto empresarial.

La técnica de reducción a la unidad y de atribución de responsabilidad solidaria ha llegado quizá «al límite de su eficacia reguladora», y habrá de definirse «un nuevo paradigma de relación de trabajo que resulte más eficaz» ⁹². Así, ya desde hace tiempo, en los ordenamientos anglosajones se habla de «coempleador» (*co-employer*) y de «empleadores conjuntos» (*joint employers*), y se ha construido una dogmática de la relación laboral con más de un empresario ⁹³.

En este sentido, se ha señalado la necesidad de introducir las nociones de «actividad conjunta» y «responsabilidad conjunta», para hacer frente a unos cambios del sistema productivo que han alterado la estructura de la relación de trabajo ⁹⁴.

El problema principal consistirá, pues, en organizar la relación triangular entre el franquiciador, el franquiciado y los trabajadores de éste ⁹⁵. En principio, si el contrato de franquicia es lícito, los trabajadores del franquiciado no dependen del franquiciador. Y, sin embargo, su suerte depende, en buena medida, de las decisiones del franquiciador y no del franquiciado. Tal sucede, sobre todo, si el franquiciado se halla en una situación de dependencia económica exclusiva con respecto al franquiciador, de modo tal que las decisiones de éste pueden afectar no sólo al volumen de empleo, sino también a aspectos tales como la política de formación profesional o la organización del trabajo. En

⁹⁰ Sobre la relevancia de la empresa en el Derecho del Trabajo, *vid.* GIL (1998).

⁹¹ Resumimos las reflexiones de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (1999: 13 ss.).

⁹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (1999: 14).

⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *ibídem.*

⁹⁴ SUPLOT y otros (1999: 296).

⁹⁵ Traslado a la franquicia las observaciones que hacen SUPLOT y otros (1999: 49 y ss.).

tal situación, resulta inoperante buena parte del Derecho del Trabajo. De modo particular, las estructuras de representación y de negociación no permiten acceder al verdadero interlocutor, que es el franquiciador. El problema se ha planteado en los grupos de empresas, pero carece de respuesta en las hipótesis de empresas que cooperan de manera continua, como sucede en el caso de las franquicias.

Como se sabe, el Derecho del Trabajo español no prevé que el empresario principal sea considerado como empresario de los trabajadores del contratista o subcontratista. Tan sólo le obliga a garantizar la solvencia de éste, cuando contrate o subcontrate con él la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad (art. 42 del ET).

En el caso de las franquicias, resulta forzado aplicarles el régimen jurídico de las contratas y subcontratas (art. 42 del ET) ⁹⁶.

Convendrá, pues, hacer más efectivo el Derecho del Trabajo en los supuestos de cooperación empresarial. En cuestiones tales como la seguridad y salud laboral, o la formación continua de los trabajadores, el Derecho del Trabajo no puede detenerse en la noción tradicional de empresario único, sino que ha de otorgar relevancia a la concurrencia de dos empresarios: franquiciador y franquiciado ⁹⁷.

2.2. *El franquiciado como trabajador autónomo.*

Cuando el franquiciado no es empleador a efectos laborales, el mismo actúa como trabajador autónomo. En tales casos, no se halla vinculado, en principio, al franquiciador por medio de una relación laboral.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 1996 ⁹⁸ consideró improcedente una liquidación de cuotas de la Seguridad Social, por falta de alta y cotización al régimen general de la Seguridad Social, en un supuesto en que las partes habían firmado un contrato de franquicia. El Tribunal Supremo indica que la cuestión de fondo consiste en determinar la naturaleza de los servicios que presta el franquiciador al franquiciado. Mientras que la Administración había calificado dicha relación como laboral y, por tanto, existía obligación de cotizar, la empresa negaba el carácter laboral de la prestación. La sentencia concluye que no existía una relación laboral entre el franquiciador y el franquiciado. Del expediente resulta que las partes habían firmado un contrato, calificado como mercantil y de franquicia, por el que el franquiciador cedía al fran-

⁹⁶ Sostiene esa tesis ARAMENDI (1992: 290 ss.). La critica, con razón, GONZÁLEZ BIEDMA (1999: 676 y 677), tras un análisis de las diferencias entre las posiciones del franquiciado y del contratista.

⁹⁷ Un esbozo de la tendencia al logro de una cooperación entre los empresarios se halla en la directiva 92/57/CEE, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles. *Vid.* también el deber de coordinación entre distintos empresarios que establece el artículo 24 de la LPLRL.

⁹⁸ *Act. Lab.* 1196/1996.

quiciado en precario un local totalmente instalado de su propiedad. En él, había de vender los productos de panadería fabricados por el franquiciador, en el horario determinado en el correspondiente convenio del sector. Asimismo, podía comercializar otros productos. Los gastos de explotación del establecimiento corrían por cuenta del franquiciado, y se descontaban de los beneficios a la hora de liquidar mensualmente al franquiciador. Para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no concurrían, en el supuesto de hecho descrito, las notas características del contrato de trabajo.

Afirmada la regla por que han de regirse las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado, cuando éste interviene en el tráfico como trabajador autónomo, debemos ocuparnos de dos cuestiones: la relativa a la independencia aparente del franquiciado (2.2.1) y al estatuto jurídico del franquiciado como trabajador semi-independiente (2.2.2).

2.2.1. La independencia aparente del franquiciado.

En el Derecho del Trabajo, el concepto de trabajador no queda al arbitrio de las partes, sino que es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juez.

Las partes son libres para establecer los pactos legítimos que tengan por conveniente. En vez de constituir una relación laboral, pueden pactar que la prestación de servicios se llevará a cabo mediante un arrendamiento de obra o de servicios, o a través de cualquier otra relación jurídica, como el contrato de franquicia. Si los hechos se corresponden con la calificación de las partes, el juez habrá de aceptar la autonomía de la voluntad que se ha expresado de modo legítimo. En este sentido, son tendencias recientes del Derecho del Trabajo: el «discreto retorno del arrendamiento de servicios»⁹⁹, la reducción del alcance de la presunción legal de laboralidad del artículo 8.1 del ET, la revalorización de la voluntad de los contratantes como índice de calificación de la naturaleza jurídica de los contratos¹⁰⁰ y una extensión, por la ley o la jurisprudencia, del campo abierto al trabajo autónomo¹⁰¹.

El problema surge cuando la realidad pone en entredicho la calificación de las partes. En tal caso, el juez habrá de verificar si concurren los presupuestos de aplicación del ordenamiento laboral y, en particular, las notas de la dependencia y del trabajo por cuenta ajena.

No puede descartarse que, tras un contrato de franquicia, se encubra una verdadera relación laboral entre los supuestos franquiciado y franquiciador. Hay muchos tipos de franquicias y, en algunos, el franquiciado realiza tareas de poca envergadura organizativa o económica, que puede realizar él mismo, sin contar con trabajadores. Piénsese, por ejemplo, en las franquicias de distribución y mantenimiento de máquinas de café o de reparación rápida de calzado, de las que puede encargarse el propio franquiciado¹⁰².

⁹⁹ MARTÍN VALVERDE (1990).

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (1996).

¹⁰¹ SUPLOT y otros (1999: 30 ss.).

¹⁰² En este sentido, GONZÁLEZ BIEDMA (1999: 667).

En otros países, la jurisprudencia ha elaborado ciertos criterios para discernir cuándo un franquiciado merece considerarse como tal, y no como un simple agente o empleado del empresario principal. De entre ellos, pueden mencionarse los siguientes: si el franquiciado actúa como un empresario independiente; si dispone de un capital adecuado para llevar a cabo la franquicia; si sus ingresos dependen de los beneficios que obtiene a través de la venta de los bienes o servicios al público, y si afronta personalmente iniciativas concernientes a los bienes o servicios que han de venderse ¹⁰³.

Pues bien, aunque no será la regla, si el franquiciador lleva sus controles hasta el extremo de anular la independencia de la contraparte, el juez deberá calificar la relación como laboral.

2.2.2. El estatuto jurídico del trabajador autónomo en situación de dependencia económica.

A veces, el franquiciado que actúa como trabajador autónomo se halla en una situación de semi-independencia. No es un trabajador por cuenta ajena ni un empresario capitalista. Depende, desde un punto de vista económico, del franquiciador.

Recientemente, se ha subrayado la necesidad de que exista una categoría intermedia entre el trabajador por cuenta ajena y el empresario ¹⁰⁴.

De gran interés resulta, en este sentido, el derecho alemán, que distingue tres categorías de trabajadores autónomos ¹⁰⁵. Las dos primeras hacen referencia a empresarios, que pueden trabajar en virtud de un contrato de empresa (*Werkvertrag*) o de un contrato de servicios libre (*freier Dienstvertrag*). En el primero, existe una obligación de resultado, y es típico, por ejemplo, de los artesanos o de los comerciantes. El objeto del segundo es una simple obligación de trabajar, y lo realizan la mayor parte de los profesionales liberales. La tercera categoría es la de las «personas similares a los trabajadores» (*arbeitsnehmerähnliche Personen*), que trabajan en virtud de un contrato de empresa o de servicios, pero para un empresario principal del que dependen económicamente. Tales personas son trabajadores autónomos desde un punto de vista jurídico, pero se les aplican, aun así, ciertas disposiciones del Derecho del Trabajo, relativas al descanso, al proceso laboral o a los convenios colectivos. La dependencia económica deriva del hecho de que el trabajador presta sus servicios solo, sin la asistencia de otros asalariados; obtiene más de la mitad de sus ingresos de los servicios prestados al empresario principal y su necesidad de protección social es equiparable a la de un trabajador ¹⁰⁶.

¹⁰³ Tal es el caso del Tribunal de Apelación de Holanda. Vid. GONZÁLEZ BIEDMA (1999: 669), quien toma la información de FRIGNANI.

¹⁰⁴ SUPLOT y otros (1999: 34).

¹⁰⁵ Seguimos la exposición de SUPLOT y otros (1999: 32 y 33).

¹⁰⁶ También puede mencionarse la noción italiana de la *parasubordinazione*. Vid. sobre la misma SUPLOT y otros (1999: 33).

Los derechos que carecen de una categoría intermedia han procedido caso por caso, extendiendo de forma parcial las reglas del Derecho del Trabajo a grupos que presentan peculiaridades, como sucede con los altos directivos. Tales estatutos especiales son el mejor ejemplo de una mezcla de reglas propias del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena.

En Francia, el ordenamiento laboral tiene en cuenta el estado de dependencia económica de los pequeños comerciantes, y les aplica las reglas del Derecho del Trabajo. El artículo L. 781-1 del *Code du Travail* constituye un precepto característico, de alcance general, que considera como trabajadores por cuenta ajena a los pequeños comerciantes autónomos, cuando dependen exclusivamente de una sola empresa comercial o industrial, que les impone vender a un cierto precio¹⁰⁷. La jurisprudencia francesa ha aplicado esta norma al franquiciado que pertenece a una red, y colabora de forma exclusiva con el franquiciador¹⁰⁸. Para que tal sea el caso, deberán concurrir las siguientes circunstancias¹⁰⁹: el franquiciado habrá de hallarse vinculado, de forma exclusiva o casi completa, al franquiciador; deberá ejercer la actividad en un local ofrecido o concertado por el franquiciador, y habrá de llevar a cabo la actividad en las condiciones y precios que le imponga el franquiciador. El precepto no exige un vínculo de subordinación jurídica. Al tomar en consideración el vínculo de exclusividad, la norma otorga relevancia a la dependencia económica. Desde luego, el artículo L. 781-1 sólo se aplica al franquiciado que sea una persona física, no si se trata de una empresa o sociedad¹¹⁰.

Resulta, pues, necesario aplicar ciertos aspectos del Derecho del Trabajo a los trabajadores autónomos que no pueden calificarse como asalariados, pero que se hallan en una situación de dependencia económica con respecto a un empresario principal¹¹¹.

Para hacer frente a la necesidad de protección descrita, el legislador español puede llevar a cabo una extensión parcial de las reglas del Derecho del Trabajo a los trabajadores autónomos en situación de dependencia económica, como permite la disposición final primera del ET.

¹⁰⁷ G. LYON-CAEN, PÉLISSIER y SUPLOT (1998: 136).

¹⁰⁸ Cass. Soc., 3 de mayo de 1995, *Dalloz*, 1997, J, 10, con nota de AMIEL-COSME.

¹⁰⁹ *Vid.* AMIEL-COSME (1997: 12 y ss.).

¹¹⁰ AMIEL-COSME (1997: 12 y ss.) analiza el modo en que han de coordinarse los artículos L. 781-1 y L. 120-3 del *Code du Travail*. Para el segundo, que introdujo la ley Madelin, de 11 de febrero de 1994, se presume que las personas físicas inscritas en el registro de comercio y de sociedades no se hallan vinculadas por un contrato de trabajo en la ejecución de la actividad que da lugar a esa inscripción.

¹¹¹ SUPLOT y otros (1999: 297).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILO PIÑA, J. F. (1986), «Consideraciones sobre el contrato de franquicia», *Revista General del Derecho*, núm. 507, págs. 4.807 a 4.842.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1995), «Franchising», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (Cor-Ind), Madrid, Civitas, 1995, págs. 3.153 a 3.158.
- ALONSO, R. (1997), en AA.VV., *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, págs. 149 a 166.
- AMIEL-COSME, L. (1997), «Note à Cour de Cassation, Com., 3 mai 1995», *Dalloz*, Jurisprudence, pág. 10 a 13.
- CAVERO, P.; GIL, J. L. (1997), «Los efectos laborales del contrato de franquicia», *Instructa*, Centro de Documentación de Cuatrecasas Abogados, número 4/1997, abril, págs. 9 a 11.
- CHULIÁ VICENT, E.; BELTRÁN ALANDETE, T. (1996), *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. I*, Bosch, Barcelona, pág. 439.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1994), «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, págs. 7 a 31.
- DARGALLO, M., (1987), «Los contratos de franquicia y el derecho comunitario», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1987, págs. 199 a 205.
- DE ELÍAS-OSTUA, R. (1985), «El *franchising*: tratamiento mercantil y fiscal», *Hacienda Pública Española*, núm. 94, 1985, págs. 233 a 259.
- DE ELÍAS-OSTUA, R. (1988), «Contrato-tipo de concesión de distribución (franquicia)», *Noticias CEE*, núm. 39, págs. 119 a 124.
- ECHEBARRÍA, J. A. (1995), *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid y otras ciudades, pág. 641.
- ECHEBARRÍA, J. A. (1997), «De la actividad comercial en régimen de franquicia. Comentario al art. 62», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO y LEGUINA VILLA, Jesús (coord.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, págs. 855 a 902.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C. (1981), «La jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del *franchising*», *Actas de Derecho Industrial*, 1981, págs. 495 a 496.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C., (1985) «Dos cuestiones candentes del derecho de marcas», *La Ley*, 1985-4, pág. 294 y ss.

- GALLEGO SÁNCHEZ, E. (1991), *La franquicia*, Trivium, Madrid, pág. 344.
- GARCÍA FEMENIA, A. M. (1990), «Los acuerdos de franquicia ante el Derecho de la Competencia. (Análisis del Reglamento 408/88)», *Noticias CEE*, núm. 65, págs. 65 a 91.
- GIL, J. L. (1998), «La relevancia de la empresa en el derecho del trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos*, Ed. Estudios Financieros, núm. 183, junio 1998, págs. 47 a 76.
- GOLDMAN, B.; LYON-CAEN, A.; VOGEL, L. (1994), *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris, pág. 835.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999), «Aspectos jurídico-laborales de las franquicias», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, septiembre-octubre 1999, págs. 657 a 679.
- GUARDIOLA SACARRERA, E. (1998), *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, pág. 521.
- LYON-CAEN, G.; PELISSIER, J. y SUPLOT, A. (1998), *Droit du Travail*, 19.^a edición, Dalloz, Paris, pág. 1.171.
- MARIUCCI, L. (1979), *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, pág. 266.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1990), «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en A. MONTOYA, A. MARTÍN VALVERDE, y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel ALONSO OLEA*, págs. 209 a 236.
- MARTÍNEZ SANZ, F. (1999), «Artículo 62», en ALONSO, F. J.; LÓPEZ PELLICER, J. A.; MASSAGUER, J. y REVERTE, A. (coord.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria a la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, págs. 3 a 30.
- MASSAGUER, J. (1999), «Artículo 1», en ALONSO, F. J.; LÓPEZ PELLICER, J. A.; MASSAGUER, J. y REVERTE, A. (coord.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria a la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, págs. 3 a 30.
- MERCADER, J. R. (1999), *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 155.
- MONGE, A. L. (1993), *Las agrupaciones de interés económico*, reimpresión de 1995, Tecnos, Madrid, pág. 274.
- ORTIZ DE ZÁRATE, A. (1998), *Manual de franquicia*, Edic. Selina Olmedo, Madrid, pág. 191.
- ORTUÑO BAEZA, M.^a T. (1997), «Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia», en CALVO CARAVACA, Alfonso L; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (dir.) y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, págs. 1.505 a 1.568.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, J.; DE MINGO, M. (1989), «Un Estatuto Europeo para la franquicia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 191, págs. 67 a 98.

- REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), «Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997», *Actualidad Laboral*, núm. 18, 4 al 10 de mayo de 1998, págs. 343 a 371.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1996), «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1996, II, pág. 37 y ss.
- RUIZ DE VILLA, J. (1996), «Artículo 62. Regulación del régimen de franquicia», en Arimany/Manubens and Asociados (coord.), *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Barcelona, Praxis, págs. 438 a 455.
- RUIZ PERIS, J. I. (1991), *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pág. 198.
- SERRANO OLIVARES, R. (1997), «La noción de "empresa" a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 22, noviembre 1997, págs. 67 a 96.
- SUPIOT, A. (dir.) (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du Droit du Travail en Europe*, en colaboración con M.^a E. CASAS, J. DE MUNCK, P. HANAU, A. JOHANSSON, P. MEADOWS, E. MINGIONE, R. SALAIS y P. VAN DER HEIJDEN, FLAMMARION, Paris, pág. 321.