

LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO
OBLIGACIÓN EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

*PRE-CONTRACTUAL INFORMATION AS AN OBLIGATION IN
DISTRIBUTION CONTRACTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp.130-153

Javier
BADENAS
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En el presente trabajo se trata de abordar la importancia de la información precontractual en los contratos de distribución, destacando la desigualdad entre las partes y la necesidad de proteger la libertad contractual mediante deberes precontractuales. En consecuencia, se analizan las obligaciones del distribuidor y del proveedor, así como los efectos jurídicos del incumplimiento de estos deberes, incluyendo la posible nulidad del contrato por error o dolo. Además, se revisa la normativa vigente, como el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero sobre el Contrato de Franquicia y proyectada, como el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

PALABRAS CLAVE: Información precontractual; contratos de distribución; obligaciones de las partes; incumplimiento contractual.

ABSTRACT: *This study deals with the importance of pre-contractual information in distribution contracts, highlighting the inequality between the parties and the need to protect contractual freedom by means of pre-contractual duties. The obligations of the distributor and the supplier are analysed, as well as the legal consequences of the breach of these duties, including the possible annulment of the contract due to error or fraud. In addition, the current regulations are reviewed, such as Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero sobre el Contrato de Franquicia and projected regulations, such as Proyecto de Ley de Contratos de Distribución and the Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.*

KEY WORDS: *Pre-contractual information; distribution contracts; obligations of the parties; breach of contract.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.- III. LA OBLIGACIÓN DEL PROVEEDOR DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.- 1. Características de los contratos de distribución y el alcance del deber de información precontractual.- A) *Desigualdad en las partes del contrato.*- B) *Información precontractual obligatoria en algunos contratos de distribución.*- 2. Régimen normativo de la información precontractual.- A) *Derecho proyectado.*- B) *Ley de Ordenación del Comercio Minorista.*- C) *Real Decreto, núm. 201/2010, de 26 de febrero, sobre el contrato de franquicia.*- 3. Consecuencias del incumplimiento de deber de información precontractual.- A) *Nulidad del contrato por defectos en la información: aplicación del régimen del error y dolo.*- B) *Jurisprudencia sobre el error y el dolo en los contratos de distribución.*- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En sentido puramente económico, la distribución comercial se identifica con los procedimientos que recurren los fabricantes o productores para llevar a cabo la comercialización de sus productos en el mercado, posibilitando su acercamiento a los destinatarios finales, sean estos, profesionales o consumidores¹. Sin embargo, más allá de su connotación puramente económica, destaca la expansión de la sociedad de consumo, lo que provoca un considerable crecimiento de los mercados en los que los productores pueden colocar sus productos o servicios, haciendo conveniente en muchas ocasiones acuerdos de cooperación económica con otros empresarios independientes con la finalidad de colaborar en el proceso de comercialización siguiendo un modelo de negocio, unas pautas comerciales, publicitarias y de cuidado de imagen de marca previamente determinadas con carácter uniforme por el fabricante o proveedor para toda la red de distribución.

No obstante lo anterior, aparte de gran importancia que el fenómeno de la distribución comercial tiene en nuestros días, es por todos conocida la atipicidad que presentan los contratos de distribución en nuestro Derecho nacional. Por un lado, la única normativa aplicable a estos contratos es la existente en sede de Derecho de mercado, conocida como Reglamento de exención por categorías de los acuerdos verticales (RECAV) y sus correspondientes Directrices, en los que se establecen condiciones contractuales permitidas y prohibidas desde la perspectiva de la organización y funcionamiento eficiente en el mercado². Por otro lado, en sede administrativa son importantes las exigencias registrales y precontractuales aplicables a la actividad comercial en régimen de franquicia en virtud de lo

1 CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp.7 y ss.

2 En concreto el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; publicado el 11 de mayo de 2022.

• **Javier Badenas Boldó**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: javier.badenas@uv.es.

dispuesto en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio Minorista y, asimismo, mediante el RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula la actividad comercial del régimen de franquicia, ambos textos normativos serán objeto de un análisis en profundidad en las próximas páginas.

Esta normativa de mercado y administrativa no tienen carácter estrictamente contractual, aunque, por una parte, cumple una función definidora y parcialmente tipificadora de los contratos de distribución y, por otra parte, ejerce una clara influencia en la redacción y funcionamiento de los contratos de distribución en ciertos aspectos como derechos y obligaciones³, concretamente en la obligación de suministro de información precontractual, en la cual nos centraremos en el presente trabajo.

Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente. La importancia de la distribución comercial en una economía cada vez más globalizada provoca un aumento de los problemas entre proveedores y distribuidores. Para resolver estos conflictos, ante la falta de normativa específica en el ámbito contractual, los operadores jurídicos suelen recurrir, por un lado, a la normativa antimonopolio sobre acuerdos verticales mencionada anteriormente, y por otro lado, a la analogía con figuras contractuales similares, como el contrato de agencia o franquicia, o incluso a la regulación general de obligaciones y contratos del Código Civil y de Comercio.

II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

La labor principal del distribuidor es la de centrarse en la promoción y explotación máxima de los productos que el proveedor le ha facilitado para así poder revender todos los productos a su disposición en aquella zona geográfica que se le indique como objetivo.

Es decir, se pactan entre las partes que conforman el contrato una serie de objetivos, relativos a la reventa, para poder conseguir unas cifras o resultados satisfactorios para ambas partes en cuanto a promoción del producto y por los beneficios que le proporciona el margen de reventa al distribuidor. Se considera una práctica habitual y que no plantea problemas siempre y cuando no se perciba una conducta abusiva por parte de concesionario o proveedor, cuando cumpla con los mínimos exigibles, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2001⁴. Por tanto, las obligaciones del distribuidor son las de cumplir con los objetivos marcados por el empresario principal mediante la promoción y reventa de los productos y mercancías objeto del contrato, siempre y cuando los objetivos marcados en el contrato no atenten contra la defensa de la competencia

³ CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución...*, cit., pp. 9 y ss.

⁴ La citada sentencia dictamina que la jurisprudencia y la doctrina lo dan por válido dichos mínimos sin ni siquiera considerarlos un abuso del art. 1256 del Código Civil. (STS de 2 de marzo de 2001, RJ: 2616).

ni tiendan a ser abusivos, hecho difícil de determinar ya que al ser un contrato que se rige por la autonomía de la voluntad de las partes sin norma expresa, resulta complicado realizar una interpretación de la voluntad de manera exacta. Por este motivo la jurisprudencia tiende a ser prudente y aceptar la resolución del contrato cuando haya diferencias sustanciales entre lo reflejado en el contrato y lo logrado finalmente⁵.

Por otro lado, las obligaciones del proveedor son de apoyo y consisten en llevar a cabo aquellas actividades que afecten positivamente al contrato sin frustrar las expectativas del mismo. Es decir, que el distribuidor pueda generar sus ganancias facilitando y aportando medidas publicitarias para hacer el producto más atractivo y respetar las cláusulas del contrato relativas a la exclusividad.

III. LA OBLIGACIÓN DEL PROVEEDOR DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

La proyectada regulación en materia de deberes precontractuales incluida en el Libro Cuarto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ACM)⁶, sobre obligaciones y contratos mercantiles en general y en cuyo Título I, Capítulo II sobre “*deberes en la fase preparatoria del contrato*” recogía el deber de confidencialidad (art. 412-1) y la responsabilidad derivada de su incumplimiento, así como un artículo específico sobre responsabilidad precontractual, el art. 412-2 sobre “*Responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato*”. De otra parte, en su momento, el PLCD dedicó su título II a la formación del contrato, lo que demuestra el interés del legislador por las cuestiones relativas al periodo de formación del contrato, siguiendo la senda de muchos ordenamientos europeos, y, sobre todo, del Reglamento Roma II.

Con relación a las características de los contratos de distribución, una de las más destacadas es la desigualdad existente entre las partes del contrato, que puede presentarse en forma de asimetría informativa. Ello lleva, cuando la desigualdad entre las partes es intensa, a que el legislador incluya una serie de deberes de carácter precontractual en diversas normas. Su finalidad sería proteger la libertad contractual de las partes para que éstas puedan formar su voluntad de forma correcta. En general, los contratos de distribución son contratos de adhesión en los que, aunque ambas partes reúnen la condición de empresarios, una de las mismas tiene el carácter de contratante débil y por lo tanto en ocasiones merece una tutela específica ante situaciones de asimetría informativa⁷. Por ello

5 DANIEL VÁZQUEZ, A., ALONSO SOTO, R. y BALCELLS CABANAS, J.M.: *Los Contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45 y ss.

6 Aprobado en Consejo de Ministros, de 30 de mayo de 2014.

7 VALMAÑA OCHAÍTA, M.: “La información precontractual en los contratos de distribución”, en AA.VV.: *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Bosch, 2015, p. 101.

puede ser conveniente una regulación especial de los deberes precontractuales de información. Este es el caso del contrato de franquicia, que sí cuenta con regulación específica en este sentido, y se plantea si también debería contemplarse para otro tipo de contratos de distribución a través de una regulación especial o bastaría con la protección general del Código Civil. En base a lo anterior el PLCD recogía un deber de información precontractual general, sin limitarlo a algunas modalidades precontractuales⁸.

En concreto, el PLCD establecía una serie de deberes de información más allá de los que pudieran derivarse del deber de buena fe contractual. Por lo que respecta al proveedor, el deber de información se concretaría en información sobre su negocio, estructura y extensión general de la red, titularidad y uso de los signos distintivos duración del contrato y sus condiciones de modificación, derechos y obligaciones de las partes pactos de exclusiva, restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias derivadas de su incorporación a la red de distribución, régimen de extinción del contrato, precios y costes de la operación, etc. En cuanto al distribuidor, se le requería información sobre sus datos identificativos, su grado de solvencia y cualificaciones técnicas, procesos judiciales o administrativos en los que estuviera incurso y que guardara secreto sobre las informaciones a las que hubiera accedido y cuya difusión no quisiera o pudiera dañar al proveedor.

En relación con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 tan sólo se regulaba en él el contrato de comisión, de agencia y el contrato estimatorio, y por lo que respecta a los deberes de información se limitaba a algunas obligaciones referentes al contrato de agencia (arts. 542.9 y 542.15) ⁹.

Entre los pocos contratos que cuentan con una regulación específica de los deberes precontractuales de información se encuentra el contrato de franquicia, como se ha mencionado anteriormente. La regulación la contiene la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y el Real Decreto núm. 201/2010 que la desarrolla. El art. 62 LOCM establece un marco de deber de información aplicable al contrato de franquicia: "Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de

8 Coincidiendo con trabajos a nivel europeo como la *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

9 A diferencia de la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación, que dedicaba veinticuatro artículos a los contratos de distribución.

la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias". Sin embargo, los efectos del incumplimiento del deber de información quedarían relegados a la posible nulidad o anulabilidad de contrato, tratándose de una norma incompleta ya que no se pueden derivar de la misma consecuencia jurídicas directas¹⁰.

Hay que tener en cuenta, que el Registro de Franquiciadores desaparece con la aprobación del Real Decreto ley 20/2018, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Competitividad Económica en el Sector Industrial y Comercial en España. Este Registro de Franquiciadores suponía una fuente de información pública previsto en el art. 62.2 de La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y estaba desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

Dicho RD sobre franquicia 201/2010 recoge en su artículo tercero el contenido de la información contractual que el franquiciador debe suministrar al futuro franquiciado. Consiste básicamente en suministrar los datos relativos al franquiciado (identificación), así como en el Registro Mercantil, si se trata de una sociedad, información sobre titularidad o licencia de los signos distintivos, sector en el opera la franquicia, la experiencia de la empresa franquiciadora, información sobre el saber hacer o *Know How* y sistema de negocio de la franquicia, estimación de inversiones y gastos para su puesta en marcha, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del plazo de 20 días de antelación a la firma del contrato, y aunque exista jurisprudencia contraria en este sentido, parece que adquiere importancia el término establecido por la ley, por cuanto se refiere a un periodo de reflexión para la formación del consentimiento del franquiciado¹¹. Paralelamente al deber de informar por parte del franquiciador se prevé un deber de confidencialidad por parte del franquiciado en relación a la información precontractual por parte del franquiciador.

I. Características de los contratos de distribución y el alcance del deber de información precontractual.

En los últimos años se ha venido realizando un profundo estudio sobre los denominados deberes precontractuales y su tratamiento normativo¹². El término

10 DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia", en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, 2009, p. 897.

11 Vid. SAP Barcelona de 18 de mayo de 2009 (SAB 4581/2009).

12 A este respecto entre otros VALMAÑA OCHAITA, M.: "La información precontractual", cit., pp. 98 y ss.; GÓMEZ-POMAR F., y GILI SALDAÑA, M.: "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de

“deber de informar” se utiliza con preferencia al de “obligación de informar” centrándose en la información proporcionada en el precontrato, y ello sin prejuzgar el hecho que se aplique a una eventual responsabilidad precontractual las normas de la responsabilidad contractual¹³.

En el tema que nos ocupa, los contratos de distribución, se ha venido a promover una labor reguladora de este extremo debido a que entran de lleno en el ámbito de la aplicación de los deberes de información. En ese sentido, hay que destacar el art. 412.I del Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante ACM) incidía directamente sobre este tema: “Deber de confidencialidad. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que con ese carácter reciba la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”. Asimismo, hay que destacar el tratamiento de este tema que se lleva a cabo en el PLCD, que dedicó su Título II a la formación del contrato, recogiendo un sistema que regula el comportamiento de las partes en la fase precontractual.¹⁴ A ello dedica sus arts. 6 y 7¹⁵.

Ley de contratos de distribución”, *InDret*, 1/2010, pp. 1-37.

13 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, 2010, p. 60.

14 Como se señala en su Exposición de Motivos.

15 Art. 6. “Deberes precontractuales de información.

1. Sin perjuicio de las obligaciones que deriven de la aplicación del principio de buena fe previsto en el artículo cuarto, las partes deberán entregarse mutuamente, y con razonable antelación a la formalización del contrato, toda la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa la celebración del contrato de distribución de que se trate.

2. En particular, en el supuesto de ingreso en una red de distribución integrada el proveedor que organice y dirija la misma, y decida entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución, suministrará información por escrito si así lo solicita la otra parte:

- a) Datos principales de identificación del proveedor, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros especiales para determinados contratos de distribución.
- b) Descripción del contenido y características esenciales del negocio objeto de distribución comercial, así como del sector de actividad en el que se desarrolla el mismo.
- c) Estructura y extensión de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato.
- d) Titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución.
- e) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo.
- f) Derechos y obligaciones de las partes.
- g) Eventual existencia de pactos de exclusividad.
- h) Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución.
- i) Causas, formalización y efectos de la extinción del contrato.
- j) Precio o coste total de la operación propuesta, incluyendo los contratos con terceros que por indicación del proveedor deba celebrar el distribuidor para el correcto cumplimiento de sus obligaciones.

3. El distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar por escrito si así lo solicita la otra parte sobre los siguientes puntos:

- a) Datos principales de su identificación, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros oficiales.
- b) Grado de solvencia que habrá de ser suficiente para el cumplimiento de sus funciones.
- c) Cualificaciones técnicas necesarias para la ejecución de todas y cada una de las prestaciones vinculadas con el cumplimiento del contrato.
- d) Eventuales procesos judiciales o administrativos que pudieran afectar al prestigio y reputación de la marca de los productos o servicios que se vayan a comercializar.

4. La exigencia de entrega de una cantidad de dinero, de la prestación de una fianza o cualquier otro

Como se ha puesto de manifiesto, los contratos de distribución poseen una serie de características que han llamado la atención del legislador en la pasada década. Sobre todo, en las cuestiones relativas a la etapa en la cual se forma el contrato, y ello incluso en aquellos sistemas jurídicos que tradicionalmente han sustraído ese deber de informar, como es el caso de los países anglosajones. De este modo, el tratamiento de los deberes precontractuales de información y de la responsabilidad derivada de su incumplimiento es un tema que ha sido objeto de discusión en el ámbito europeo, y las soluciones propuestas van desde acudir a normas ya existentes¹⁶, hasta la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad contractual¹⁷, solución esta última que ha generado cierta controversia¹⁸.

A) *Desigualdad en las partes del contrato.*

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en establecer que una de las características de los contratos de distribución es la desigualdad entre las partes. La idea de la autonomía de la voluntad y su plasmación en el contrato comienza a ser revisada debido a la contratación en masa y la aparición de la figura del contratante débil, que son los sujetos que ocupan una posición necesitada de una determinada protección especial. Esta figura es muy usual en los contratos que estipulan el sometimiento a unas condiciones generales, como los contratos de seguros, contratos de telefonía, luz, agua, etc., pero que también aparecen en determinadas modalidades de contratos de distribución.

tipo de garantía, como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas contractuales, deberá ser proporcionada y razonable, atendiendo a la previsión de facturación, al objeto del contrato de distribución y a su duración. En este caso, se deberá precisar tanto las prestaciones garantizadas como contrapartida como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegase a celebrarse el contrato.

5. En el caso de que el contrato no llegara a celebrarse, la parte que hubiera incumplido los deberes de información establecidos en este precepto responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte como consecuencia de dicho incumplimiento.

Art. 7. Confidencialidad.

1. Las partes no podrán comunicar a terceros ni utilizar para otros fines distintos de la conclusión del contrato la información que reciban con ocasión de la negociación del contrato, que sea susceptible de lesionar a la otra parte, a excepción de las comunicaciones que realicen con cualquier profesional que les preste asesoramiento jurídico o económico. En este caso las partes adoptarán las medidas que sean razonables para garantizar el cumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de aquellos asesores que no estén sometidos por su estatuto profesional a una obligación de idéntica naturaleza. La obligación de confidencialidad se entiende sin perjuicio de los deberes legales de información a los que pueda quedar sometida alguna de las partes.

2. La exigencia de este deber es independiente de que finalmente se celebre el contrato. Una vez se haya formalizado el contrato, se extenderá durante todo el tiempo de vigencia del mismo.

3. La parte que infrinja este deber estará obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento, sin perjuicio de otras acciones legales que pudieran ejercerse”.

16 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Anteproyecto de ley de contratos de distribución”, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, junio 2011, p. 5, véase en: https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/publications/cms_comentarios_al_anteproyecto_de_ley_de_contratos_de_distribucion_doc

17 Tal y como aparece en el art. 12 del Reglamento Roma II, ante opiniones críticas de la doctrina, vid. ARENAS GARCÍA, R.: “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II” *InDret*, 2008, pp. 1-27.

18 En realidad, se relaciona con la controversia en torno a cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a la culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual.

También se ha señalado por parte de la doctrina diversas funciones que se deben de tener en cuenta a la hora de una futura regulación de los deberes precontractuales, entre las cuales destacamos:

a) La función de protección del contrato, más concretamente, de la libertad contractual de las partes, con el fin de que puedan formar su voluntad sin presiones externas.

b) El interés de conservación, dirigido a la seguridad física de la persona contratante que en la satisfacción contractual.

c) El interés de protección del mercado¹⁹.

En el caso que nos ocupa, que es el de los contratos de distribución, por lo general, se trata de contratos en los cuales una de las partes se adhiere a la otra, con independencia de que ambas partes tengan la condición de empresario, de manera que la que se adhiere será la parte contratante débil. Por tanto, dadas las circunstancias la parte "débil" es merecedora de una tutela específica ante las situaciones de falta de información. Los contratos de distribución son contratos *intuitu personae*²⁰, en los que su pilar básico es la confianza, lo que influye en gran medida en el contenido del deber precontractual de informar de forma adecuada a la otra parte²¹. Por esa razón, es necesaria una regulación en la materia de los deberes precontractuales de información, como se dan en el contrato de franquicia, debiéndose plantear en el resto de contratos análogos a este.

En esta cuestión, existe una disparidad de opiniones entre la doctrina especializada en la materia. Una parte de esta defiende que solamente deberían hallarse deberes de información en el precontrato cuando el grado de introducción del distribuidor en la red del proveedor así lo justifique, como sucede en la franquicia y en ciertos contratos de concesión. Frente a esta postura, otros autores argumentan que el deber de información precontractual debe predicarse de todo contrato de distribución. Y como prueba de ello traen a colación el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (en adelante PLCD) que en su art. 6 establecía un deber de información precontractual para todos los contratos de distribución, debido a que debe existir una protección para la parte contratante débil, cuestión que se expondrá en el siguiente epígrafe.

19 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, 2010, pp. 127-130.

20 Sobre la condición *intuitu personae*, véase por todos: JARNE MUÑOZ, P.: "El intuitu personae en los contratos de distribución integrada", *Actualidad civil*, núm. 6, 2016, pp. 64 y ss.

21 Si bien, como destaca VALMAÑA OCHAITA, M.: "La información precontractual", cit., p. 102, el carácter personalísimo recaería más bien en su organización, hablándose más bien de *intuitu instrumenti*.

Es precisamente esa situación de inferioridad del distribuidor, que en muchas ocasiones adquiere la condición de empresario en el momento de la firma del contrato (ej. Contrato de franquicia), lo que justifica la imposición de deberes precontractuales. Asimismo, de los deberes de información precontractuales se derivan, según la regulación en España, las denominadas responsabilidades precontractuales, a causa del incumplimiento de estos, lo que protege en gran medida a la parte más débil²².

B) Información precontractual obligatoria en algunos contratos de distribución.

Si analizamos algunos de los contratos de distribución podemos apreciar que, como se ha mencionado en las páginas superiores, en algunos casos existe la obligación de facilitar cierta información antes de la firma del contrato como, por ejemplo, en el contrato de franquicia. En el art. 2 del RD 201/2010 de 26 de febrero, que contiene regulación sobre el régimen de la franquicia se establece el contenido mínimo de tal contrato, y en el art. 3, la información precontractual que el franquiciador debe proporcionar al franquiciado. En este caso, el franquiciador proporciona al franquiciado la información esencial al contenido mínimo del contrato, esto es, el *Know-how*, los signos distintivos de la empresa y la asistencia técnica, tal y como se reconoce en la doctrina²³ y en la jurisprudencia²⁴.

2. Régimen normativo de la información precontractual.

La fase precontractual del contrato abarca aquel periodo en el que se produce la formación de la voluntad de las partes y en que pueden derivar diversos deberes y obligaciones para las mismas no obstante, no serían obligaciones en sentido estricto al no haber un fundamento contractual y a pesar de que su incumplimiento si pueda trascender posteriormente al ámbito del contrato²⁵.

En este período de formación, las partes del futuro contrato, e incluso los terceros que puedan intervenir de alguna forma, deben actuar de acuerdo con la buena fe y confianza mutua. Existen tres tipos de deberes que deben cumplirse en la fase precontractual según la doctrina, que son: los deberes de información,

22 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, 1991, p. 46.

23 Esta información, a su vez, modula, en lo referente a su contenido y alcance, la obligación del franquiciado de cumplir con su obligación de confidencialidad, teniendo en cuenta el grado de conocimiento que puede haberse difundido en el público en general, *vid.* ALONSO SOTO, R.: "Los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Navarra, 2007, pp. 177-203; y en "Tipología de los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Los contratos de distribución* (dir. por ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., VIERA GONZÁLEZ, A. J.), La Ley, 2010. pp. 71 y 72.

24 SAP Pontevedra, de 23 diciembre de 2013, sobre contenido mínimo del contrato de franquicia en relación con lo establecido en el art. 2 del RD 201/2010.

25 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites*, cit., p. 60.

el deber de lealtad y el deber de protección²⁶. Los deberes enumerados anteriormente, son deberes no regulados o atípicos, aunque, nos encontramos ante una tendencia al alza acerca de su regulación, debido a la protección legal que la parte contratante "débil" precisa.

En la actualidad, los deberes de información ha sido objeto de regulación, dentro de los deberes precontractuales. Vamos a centrarnos ahora en su análisis, contemplando, en primer lugar, los intentos del legislador al respecto que finalmente no han visto la luz y, en segundo lugar, su plasmación en el Derecho positivo.

A) Derecho proyectado.

a) Proyecto de Ley de Contratos de Distribución

En el PLCD²⁷ se regulaban los deberes precontractuales, concretamente, el deber de información y las obligaciones exigidas durante el contrato. Tanto el proveedor como el distribuidor, que pretende integrarse en la red de este, deben de cumplir los deberes y obligaciones de información que en la norma proyectada se recogen.

Por una parte, en lo que respecta al proveedor, según el art. 6 de del PLCD²⁸, el deber de información en la fase previa al contrato contempla los siguientes aspectos: datos acerca de la identificación sobre el proveedor, características de su negocio, estructura de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato, uso de los signos distintivos, duración del contrato, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones de la actividad del distribuidor, causas, formalización y efectos de la extinción del contrato y por último el precio o coste de la operación.

Por otra parte, el distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar acerca de: datos principales de su identificación, grado de solvencia, cualificaciones técnicas para la ejecución de las prestaciones vinculadas al contrato y eventuales procedimientos judiciales que pudieran afectar al prestigio de la marca.

Asimismo, se aprecia en el art. 7 del mismo cuerpo legal el deber de confidencialidad, en el cual las partes no podrán comunicar a un tercero, ni utilizar para otro fin distinto la información que reciban con objeto a la negociación del

²⁶ Vid. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La responsabilidad precontractual en el Derecho Español", cit., pp. 43 y ss.

²⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados en fecha 29 de junio de 2011,

²⁸ El contenido del precepto establece obligaciones de información para el proveedor y para el distribuidor, aparte de las que obviamente puedan derivarse de la buena fe.

contrato. La obligatoriedad de este deber es independiente de si al final acaba celebrándose el contrato o no, y en el caso en el que se formalice, se extenderá a lo largo de toda la vigencia del mismo.

Además de los artículos mencionados, el deber de información también aparece en el art. 10, en el que se recogen los deberes de información durante el contrato como parte de su contenido.

b) Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 mayo de 2014

Del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se debe mencionar que, únicamente se dedican los arts. 542-9, 542-10 y 542-15, que regulan los deberes de información referente al contrato de agencia. Estos preceptos solamente recogen los deberes de información que afectan a la fase formativa del mismo²⁹.

Respecto a los deberes precontractuales, no hay que señalar cambios relevantes respecto a la versión de la Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013, donde ya se recogía un capítulo dedicado a la fase preparatoria del contrato. En concreto, se trataba de dos artículos, el 412-1 sobre el deber de confidencialidad y el art 412-2, en el que se plantea por primera vez en Derecho español la positivación de la *culpa in contrahendo*³⁰.

29 En virtud del art. 542-9 del Anteproyecto del Código Mercantil se expresan como obligaciones del agente "1. En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá velar por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe. 2. En particular, el agente deberá: a) Ocuparse con la diligencia profesional exigible a esta clase de empresarios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado. b) Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución. c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido. e) Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe". Además, en el art. 542-10 del citado cuerpo legal se determinan las obligaciones del empresario en cuanto a que "1. En sus relaciones con el agente el empresario deberá: a) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. b) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar. c) Satisfacer la remuneración pactada. 2. Dentro del plazo de quince días, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación comunicada. Asimismo, deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, la ejecución parcial o la falta de ejecución de ésta".

30 Por una parte, en virtud del art. 412-1 de la Propuesta de Código Mercantil se establece en lo relativo al deber de confidencialidad que, "Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber". Por otra parte, en virtud del art. 412-2 del mismo texto se establece con respecto a responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato que, "1. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 2. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la

B) Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Dejamos atrás el Derecho proyectado y nos adentramos en la parte del Derecho vigente con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en el que se encuentran los deberes precontractuales del contrato de franquicia. Más concretamente en su art. 62, que contiene una previsión de los deberes de información en la fase de formación del contrato. En lo que respecta a la regulación española, a las obligaciones precontractuales no les acompañan unas consecuencias jurídicas que castiguen los eventuales incumplimientos en el ámbito privado. Únicamente podría ser aplicable lo establecido en el art. 63 LOCM, y el art. 1902 CC, en el régimen de aplicación de la responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, y en relación con los efectos derivados del incumplimiento de los deberes de información del art. 62 LOCM, la doctrina sostiene que quedarían relegados al ámbito privado y concretamente en lo que respecta a la nulidad o anulabilidad del contrato, ya que nos encontramos con normas incompletas y no podrían derivarse consecuencias jurídicas directas de ellas³¹.

C) Real Decreto, núm. 201/2010, de 26 de febrero, sobre el contrato de franquicia.

El contenido precontractual viene recogido en el art. 3 del RD³² sobre el contrato de franquicia, básicamente consiste en los datos relativos al franquiciador. Igualmente se debe de informar acerca de la titularidad o licencia de los signos

celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo". Vid. VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: "La información", cit., p. 112.

31 DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia...", cit., p. 894.

32 Señala el art. 3 RD 201/2010 que transcribimos íntegro por su interés: "Información precontractual al potencial franquiciado. Con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.

Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas

distintivos, el sector en el que opera la franquicia, la experiencia de la empresa franquiciadora, el *Know-How*, el sistema de negocio objeto de la franquicia, estimación de inversiones y gastos, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia³³.

Resalta de entre toda la información recogida en la mencionada norma el *Know-How*³⁴. Es conocido como el contenido mínimo esencial del contrato de franquicia o la “Biblia del franquiciado” tal y como lo reconoce la jurisprudencia³⁵ y dada su importancia dentro del desarrollo del contrato³⁶.

Además, otra de las informaciones más complejas y que mayor problemática provoca es la de previsiones de ventas y resultados de explotación, ya que no es una información que exija el art. 3 del RD 201/2010 pero sí se incluye, de hecho, debería hacerse con una determinada prudencia, como se ha puesto de relieve por parte de cierta doctrina³⁷.

Cabe resaltar que, como hemos mencionado en páginas superiores sucintamente, en el RD sobre los contratos de franquicia, es obligatorio el suministro de información en un plazo de 20 días con respecto a la fecha de la firma del contrato. En el caso de incumplimiento de determinado plazo, cabe plantearse qué consecuencias tendría para el franquiciador. En este sentido encontramos jurisprudencia contradictoria. Así, por un lado, la SAP de Barcelona, de 19 de junio de 2012 señala que “*exacerbaría las consecuencias del incumplimiento de una norma por la sola presencia de un defecto formal intrascendente en este caso e inapropiado para la finalidad pretendida de protección al minorista*”. Por el contrario, la SAP de

o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

33 Sobre la información precontractual requerida en el contrato de franquicia por la normativa aplicable. RUIZ PERIS, J. I.: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Navarra, 2000.

34 Se puede consultar el Código Deontológico Europeo para la Franquicia (<http://www.efffranchise.com/spip.php?rubrique13>) que define el *know how* como “*a body of non-patented practical information, resulting from experience and testing by Franchisor, which is secret, substantial and identified*”.

35 SAP Málaga 3 de octubre 2013 (APMA 2013:2854).

36 Vid. en este sentido, SEGURA MENA, R. E.: “El contrato de *know how* y licencia del *know how*”, *Revista el foro*, núm. 12, 2012, pp. 46-50, donde el autor analiza el concepto del *know how*, sus principales características, naturaleza, tipos y protección jurídica.

37 VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: “La información”, cit., p. 116. Como se señala en la STS 62/2012, 27 febrero, “en el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de provisiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”.

Barcelona de 18 de mayo de 2009, sí que se muestra a favor de otorgar mayor importancia al mencionado plazo³⁸.

Para concluir, al mismo tiempo que existe para el franquiciador un deber de informar, existe un deber de confidencialidad para el franquiciado, debido a que toda la información suministrada a lo largo del precontrato tiene carácter confidencial. En este sentido, establece art. 4 del RD 201/2010 que “el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”³⁹.

3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

A) Nulidad del contrato por defectos en la información: aplicación del régimen del error y el dolo.

Dentro de las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información puede generar para quien, debiendo conocer la información, no la proporcionó, o lo hizo de manera incorrecta, o cuando debiendo conocerla, no lo hizo, podría destacarse la indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del contrato, no así su resolución⁴⁰.

38 Vid. SAP de Barcelona 18 mayo 2009, Fundamento Tercero: “Como con gran precisión y acierto expresa la sentencia, la finalidad del precepto legal, que impone exigencias informativas al franquiciador con una antelación mínima a la celebración del contrato o precontrato (en definitiva, precisamos nosotros, a la acusación de cualquier tipo de compromiso u obligación de la franquicia) es clara y no puede ser otra que la de instituir un auténtico período de reflexión, muy similar al “cool period” existente en la regulación aplicable a numerosos contratos celebrados por consumidores (contratos concluidos fuera de establecimientos comerciales, contratos concluidos a distancia, contratos de aprovechamiento de inmuebles compartidos, etc.) teniendo que proteger al franquiciado de compromisos insuficientemente informados o simplemente precipitados. La propia norma ya valora y objetiviza la situación de déficit informativo que se produce fuera del marco legalmente acotado y dispone que en ese caso el contrato es contrario a derecho. No tiene sentido, por tanto, entrar a elucubrar en el caso concreto, en que se produce una situación de incumplimiento normativo, sobre el grado de conocimiento que pudo alcanzar la otra parte a fin de poder considerarlo suficiente. Es la ley la que se considera suficiente o no y en ese caso no lo ha sido. Los términos de la demanda y la solución del conflicto han obedecido a este planteamiento, es decir el incumplimiento de los requisitos legales establecidos para garantizar el cumplido conocimiento de la parte de las circunstancias del contrato de franquicia cuyo alcance y exigibilidad no pudieron llegar a calibrarse adecuadamente. No se ha producido ningún tipo de incongruencia. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información, aunque no las exprese la ley, es obvio que han de estar en coherencia con la liberación del franquiciado, sea por la vía de la nulidad del contrato o de la posibilidad de desistimiento. En cualquier caso, lo que está claro es que no puede quedar sujeto y perjudicado económicamente por el mero hecho de la firma del documento contractual o del pago. Volviendo a utilizar los términos de la sentencia de primera instancia, cualquier otra interpretación llevaría a la norma a la categoría de “lex imperfecta”, carente de sanción y, por tanto, de todo efecto útil. Otra cosa que hay que decir, saliendo al paso de determinadas alegaciones de la parte apelante, es que el momento decisivo donde concurre el incumplimiento relevante es el de la suscripción del contrato no el posterior en que se ejerce la facultad de anulación o de separación”.

39 Dicha exigencia queda también recogida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia (principio 2.3).

40 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites*, cit., p. 63. Véase, para una mayor profundización, MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Astrea, 2017.

El contrato podría ser anulado si concurriera un vicio en el consentimiento, es decir, error o dolo. La diferencia más importante entre ambos conceptos es la intencionalidad de la conducta que comete el vicio.

Por un lado, el error se define como: “una falsa representación de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio”⁴¹. En el caso que nos ocupa, los contratos de distribución, más concretamente en el marco de la información precontractual, el error en la información suministrada tendría relevancia si el distribuidor habiendo conocido esa información o bien no hubiera contratado, o lo habría hecho en condiciones diferentes.

Según lo establecido en el art. 1266 CC: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

Según la doctrina y la jurisprudencia, para que del error surjan efectos que puedan anular el contrato, debe recaer sobre un aspecto esencial del mismo, tal y como se desprende del tenor literal de la norma. Y, asimismo, debe de ser un error excusable por quien lo soporta, requisito que no se recoge específicamente en el Código Civil, y que exigiría que el error no se haya debido a su negligencia, lo que significa que si el error pudiera haber desaparecido si el errado hubiera empleado una diligencia media, no se apreciaría su existencia. Cuanta más profesionalidad pueda constatarse en la parte que reclama el error, más difícil será probar la excusabilidad del mismo, como han señalado, de nuevo, la doctrina y la jurisprudencia⁴². De esa manera, si pudiera haber desaparecido el error o si el que comete el error hubiera actuado con una diligencia media, que le hubiese permitido enmendarlo, no se apreciaría la existencia de error. No obstante, al contrario que el dolo, lo usual es que el error no lleve aparejado un resarcimiento por daños y perjuicios a los agraviados, sino tan sólo la anulación del contrato, aunque en algunas sentencias sí que se ha determinado⁴³.

41 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, p. 63.

42 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* II, 8ª ed. Madrid p.63 y ss. y MORALES MORENO, A.: “Artículo 1266 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, (dirs. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. y PAZ-ARES, C.), 2ª ed., Tecnos, Madrid 1993, 2ª ed. pp. 462 y 463.

43 Vid. SAP de Madrid, sentencia núm. 83/2010, de 30 de diciembre, Fundamento Tercero señala que: “De ello se colige una primera conclusión, cuál es, la difícil verosimilitud en la concurrencia de un vicio de consentimiento, mediando, a mayor abultamiento, la cualidad en la actora de la empresa profesional del sector, con lo que tal circunstancia conlleva en orden a la suscripción de contratos, ya que para que este se produzca, como vicio de la voluntad negocial, es necesario que el error sea invalidante del consentimiento prestado (art. 1266 CC)”.

Por otro lado, encontramos el dolo, definido en el art. 1269 CC: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Y sus consecuencias en el art. 1270 CC: “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá de ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”. Asimismo, en el art. 1270 CC se establece que el dolo incidental no es suficiente para anular el contrato y sólo obliga a indemnizar los daños y perjuicios a quien lo cometió. Debemos de matizar que, en los artículos antes mencionados del Código Civil en los que se recoge el dolo, se hace desde una doble representación, como un vicio del consentimiento que da lugar a la anulación del contrato y, como supuesto de culpa en la negociación o “*contrahendo*”⁴⁴.

Junto con el error, el denominado dolo “*in contrahendo*”, como vicio de la voluntad, consiste en un vicio del consentimiento y por tanto una causa de nulidad del contrato. El dolo puede radicar una actuación que tiende a originar engaño en la otra parte o en una omisión del deber de aclaración (dolo omisivo) ocultando de manera intencionada determinada información que debía haber sido proporcionada.

Puesto que existe una gran similitud y analogía entre el error y el dolo, de manera que incluso incurrir en el error puede ser a causa del dolo, algunos autores plantean la unificación de ambos, ya que sus diferencias se basan únicamente en la intención de engañar en el dolo y en que, por lo tanto, no hace falta que se demuestren los elementos que en el error si es necesario probar (excusabilidad). Eso sí, el dolo, al igual que el error, debe de ser grave, ya que no se produciría la anulación del contrato si el dolo fuera incidental, pero sí que podría generar daños y perjuicios, como se ha mencionado anteriormente. Cabe matizar que el dolo debe de ser probado, por lo que no se presume, precisamente por su carácter externo, a diferencia del error, que se ha calificado como algo “íntimo, psicológico pues es una creencia o estado de ánimo que no tiene exteriorización”⁴⁵. En definitiva, el dolo no se presume, y da lugar a un resarcimiento que, si bien en el C.C. se refiere al dolo incidental, se entiende también aplicable al dolo causante.

B) Jurisprudencia sobre el error y el dolo en los contratos de distribución.

En primer lugar, y por lo que respecta al error, muchas de las demandas de nulidad de contratos de distribución están basadas en su concurrencia, sobre todo en el contrato de franquicia, ya que el franquiciado no consigue los beneficios esperados. Los tribunales, en esos casos, suelen exigir que el error sea esencial, es decir, que la frustración de las expectativas del franquiciado se deba a razones

44 DE COSSIO, A.: *El dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2004, p. 187 y ss.

45 DE COSSIO, A.: *El dolo*, cit., p. 187.

objetivas y no meramente subjetivas, y que concurra una información precontractual deficiente que haya causado el error sobre los elementos esenciales del contrato⁴⁶. De esta forma, se señala que cualquier pretensión de nulidad del contrato basada en el error, debe recaer sobre un elemento esencial del contrato sin que tenga este carácter la información que pueda suministrarse sobre las inversiones y beneficios posibles que, consecuencia del contrato de distribución, se pudieran generar⁴⁷. En ese sentido, también se recoge que para que el error invalide el consentimiento debería recaer sobre un elemento sustancial o condiciones principales del contrato y no sobre previsiones de beneficios o informaciones sobre la inversión⁴⁸. También hay que señalar que en muchos contratos de franquicia aparece una cláusula que señala que las informaciones sobre los beneficios esperados dependen de una serie de factores, principalmente del volumen de clientes que el franquiciado consiga y, que son de carácter meramente estimativo y en ningún caso una garantía por el franquiciador en relación a los resultados de la franquicia. El franquiciado tiene tiempo para informarse de los posibles beneficios lo que, como se ha puesto de relieve, hace más difícil probar la concurrencia del error excusable⁴⁹. Además, el art. 3 del RD 201/2010 sobre el contrato de franquicia sólo exige que si se incluye información sobre previsiones de ventas se hagan de manera racional y con fundamento en criterios objetivos⁵⁰.

Y, en segundo lugar, en ocasiones se encuentran demandas de nulidad en base a informaciones falsas relativas a la escasa experiencia del franquiciador, el número de franquicias existentes, el origen de determinados gastos etc. La nulidad del contrato por error exige que este ha de ser, además de relevante, sea excusable, y no sea imputable al que lo padece y no se haya podido evitar empleando una diligencia media o regular⁵¹.

46 Así se señala en la SAP Madrid 23 abril 2014 (APM:2014:18750): “Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero en todo caso, pueden ser tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos...lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. SE expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”.

47 Sentencia AP de Madrid 6 noviembre 2007. “En el contrato de franquicia la causa o es la obtención de un lucro o beneficio puesto que, aun siendo el móvil subjetivo que guía a todo franquiciado, debe la causa tener carácter meramente objetivo, esto es, la finalidad que se persigue con el contrato no es otra para el franquiciado que la explotación y gestión de una actividad de restauración con base a los métodos de Cañas y Tapas”.

48 Que en el ámbito de la franquicia son calificadas por la SAP de Barcelona 21 septiembre 2004 (APB:2004/6263) como “prestaciones accesorias precontractuales.”

49 VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: La información, cit., p. 124.

50 En este sentido, vid. SAP Madrid 16 enero 2006 (APM:2006:20206).

51 SAP Madrid 23 abril 2014 (APM:2014:19538).

IV. CONCLUSIÓN.

En términos estrictamente económicos, la distribución comercial se refiere a los métodos que utilizan los fabricantes o productores para comercializar sus productos en el mercado, facilitando su llegada a los destinatarios finales, ya sean profesionales o consumidores. No obstante, más allá de su significado puramente económico, destaca la expansión de la sociedad de consumo, lo que conlleva un notable crecimiento de los mercados donde los productores pueden ofrecer sus productos o servicios. Esto hace que, en muchas ocasiones, sea conveniente establecer acuerdos de cooperación económica con otros empresarios independientes para colaborar en el proceso de comercialización, siguiendo un modelo de negocio, unas pautas comerciales, publicitarias y de cuidado de imagen de marca previamente determinadas de manera uniforme por el fabricante o proveedor para toda la red de distribución.

Sin embargo, a pesar de la gran importancia que tiene en nuestros días el fenómeno de la distribución, los contratos de distribución en su mayor parte son atípicos, en tanto que carecen de régimen legal. Un intento para su regulación se llevó a cabo por la Propuesta del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución elaborado por la Comisión General de Codificación y, otro intento, por el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. La atipicidad de estos contratos plantea el problema de encontrar un régimen jurídico subsidiario que pueda cubrir las lagunas no cubiertas por la voluntad de las partes. Así, en general los contratos de distribución son contratos de adhesión en los que, aunque ambas partes reúnen la condición de empresarios, una de las mismas tiene el carácter de contratante débil y por lo tanto en ocasiones merece una tutela específica ante situaciones de asimetría informativa. Por ello puede ser conveniente una regulación especial de los deberes precontractuales de información o en su caso, la aplicación analógica de los que rigen en materia de franquicia.

Por un lado, conviene resaltar que, tanto en la regulación sobre los contratos de franquicia y en ese sentido también se establece por la jurisprudencia, el suministro de información precontractual es obligatorio. En consecuencia, existe para el franquiciador un deber de informar y para el franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información suministrada en el precontrato. Por otro lado, en cuanto a las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información puede generar para quien, debiendo conocer la información no la otorgó, o lo hizo de manera incorrecta, o cuando debiendo conocerla, no lo hizo, podría llevar consigo una indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del contrato.

En conclusión, a nuestro parecer, podemos determinar que, de forma análoga al contrato de franquicia, tanto la falta de información (nulidad), como la proporción

de información de carácter falsa (anualidad), lleva consigo la terminación de la relación precontractual entre el proveedor y el distribuidor en cualquier contrato de distribución. No obstante, para suscitar la anulabilidad del contrato por dolo o por error, el primer supuesto debe ser de manera intencionada, es decir, que en la actuación ha concurrido engaño y, en el segundo, que éste sea relevante, excusable y no se haya podido evitar empleando una diligencia media o regular.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Anteproyecto de ley de contratos de distribución", CMS Albiñana & Suárez de Lezo, junio 2011.

ALONSO SOTO, R.:

- "Los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Navarra, 2007.
- "Tipología de los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Los contratos de distribución* (dir. por ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., VIERA GONZÁLEZ, A. J.), La Ley, 2010.

ARENAS GARCÍA, R.: "La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II" *InDret*, 2008.

CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DANIEL VÁZQUEZ, A., ALONSO SOTO, R. y BALCELLS CABANAS, J. M.: *Los Contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE COSSÍO, A.: *El dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2004.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, Navarra, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, II, 8ª ed., Tecnos, Madrid.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia", en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Aranzadi, Navarra, 2009.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, 1991.

GÓMEZ-POMAR F. y GILI SALDAÑA, M.: "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución", *InDret*, 1/2010.

JARNE MUÑOZ, P.: "El intuitu personae en los contratos de distribución integrada", *Actualidad civil*, núm. 6, 2016.

MORALES MORENO, A. M.:

- "Artículo 1266 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, (dirs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. y PAZ-ARES, J. C.), Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1993.

- *El error en los contratos*, Astrea, 2017.

SEGURA MENA, R. E.: "El contrato de know how y licencia del know how", *Revista el foro*, núm. 12, 2012.

RUIZ PERIS, J. I.: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Navarra, 2000.

VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: "La información precontractual en los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos", en AA. VV.: (ALCALÁ DIAZ, M. A. dir.) *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, 2015.

