

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

PABLO JARNE MUÑOZ

Becario de investigación FPI. Universidad de Zaragoza

Resumen: El presente trabajo es un intento de abordar el estudio de la responsabilidad precontractual en una de las áreas en las que, de modo natural, la figura va a tener un mayor ámbito de aplicación, los contratos de distribución comercial. A lo largo del mismo pondremos de relieve la modalización que la culpa *in contrahendo* va a sufrir como consecuencia de las características del sector objeto de estudio, procediendo a centrarnos en los tres supuestos de responsabilidad que en la etapa precontractual de los contratos de distribución presentan un mayor interés: La ruptura injustificada de las negociaciones, la violación de los deberes precontractuales de información y la violación del deber de confidencialidad. Palabras clave: Distribución, responsabilidad precontractual, deberes de lealtad, información precontractual, deber de confidencialidad.

I. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

A la hora de intentar llevar a cabo una aproximación al concepto de responsabilidad precontractual, parece que lo primero que nos viene a la mente es una delimitación negativa del concepto. Si la responsabilidad contractual se genera en virtud de contrato, la responsabilidad precontractual habrá de surgir en un momento anterior a la celebración del mismo. Como tantas otras figuras jurídicas, la responsabilidad precontractual nace intensamente vinculada al pensamiento jurídico de un autor. El punto de partida ineludible en cualquier aproximación a la figura de la responsabilidad precontractual ha de ser el autor alemán Rudolf VON JHERING (1), que enfoca sus esfuerzos en la materia a tratar de delimitar los supuestos en que las partes de un contrato en fase genética pueden incurrir en responsabilidad cuando causen la nulidad del mismo de modo culpable (2).

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia desde un inicio, es la relativa a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Al respecto han ido elaborándose diversas teorías en lo que respecta a la figura a la que dicha responsabilidad resulta reconducible. Fundamentalmente, nos encontramos con tres teorías sobre el particular, según se reconduzca la culpa *in contrahendo* a la responsabilidad contractual, a la responsabilidad extracontractual o

bien se la considere como un modo de responsabilidad *sui generis* o como un *tertium genus* (3) .

A la hora de plantearse la naturaleza que la responsabilidad precontractual posee en nuestro Derecho, parece aconsejable fijar en primer lugar el marco normativo en el que nos vamos a mover para realizar este examen. Debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento no posee ninguna disposición que se ocupe expresamente de establecer directrices de comportamiento en la relación precontractual para las partes al modo italiano (4) . Asimismo, nuestro Código Civil presenta un artículo que de modo general enuncia la responsabilidad extracontractual, el art. 1902, que se encarga de recoger por escrito el principio *neminem laedere*, susceptible de aplicarse tanto a daños personales, como patrimoniales, a casos de culpa lata o de negligencia (5) . El juego de estas dos circunstancias ha hecho que, como ha sido puesto de manifiesto, no haya sido necesario un gran esfuerzo teórico para justificar la naturaleza extracontractual de la *culpa in contrahendo* en nuestro ordenamiento jurídico (6) .

La consideración de la *culpa in contrahendo* como responsabilidad contractual o extracontractual no es una decisión baladí, ya que acarrea una serie de efectos que trascienden el mero posicionamiento teórico y que se manifiestan en ámbitos diversos, pudiendo distinguir entre efectos relativos a la carga de la prueba, al montante de la indemnización, y a la prescripción de la acción (7) .

En nuestro país, como hemos apuntado, un sector doctrinal mayoritario se ha orientado a favor de la consideración de la *culpa in contrahendo* como un supuesto de culpa aquiliana. Las dudas existentes se han orientado a la singularidad de esta forma de responsabilidad, a su fundamento en la buena fe, y a la oportunidad de conceder un régimen propio a la misma más que a la defensa de tesis contractualistas, que no se han producido (8) .

Al hablar de responsabilidad precontractual lo primero que nos queda claro es que se va a responder por una serie de actuaciones o conductas que anteceden a la formalización del contrato y a la manifestación del consentimiento. Estos tratos preliminares van a tener en cada negocio jurídico unas concretas características y un determinado soporte (9) .

En esta fase de inicio de negociaciones y de aproximación de posturas no cabe considerar que nos encontramos con una relación obligatoria (10) dado que los mencionados tratos preliminares no poseen entidad jurídica suficiente para materializarla (11) . Todavía, sí que se considera que la relación que surge entre las partes es jurídicamente relevante y merecedora de tutela, ya que entra en juego la buena fe y los deberes de corrección y lealtad necesarios para que las relaciones comerciales se desarrolle en un clima de colaboración empresarial. Va a ser cuando se rompan estas reglas del juego, y se vulnere la confianza y las legítimas expectativas de las partes, cuando va a surgir la responsabilidad del infractor.

De lo comentado hasta el momento, se deduce claramente que la buena fe ocupa un lugar preeminente en relación con los tratos preliminares y con la responsabilidad que se derivará de la infracción de los particulares deberes que surgen en estas relaciones (12) . Tanto es así, que se ha llegado a afirmar, en una expresión ya clásica, que «La buena fe es *todo* en la etapa precontractual; un *plus* en la contractual» (13) .

II. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Una vez analizado de modo telegráfico el fundamento de la responsabilidad precontractual y antes de centrarnos en los concretos supuestos generadores de responsabilidad, debemos atender a una serie de características del sector de la distribución comercial que van a modalizar la responsabilidad precontractual y, de modo más amplio, la fase de formación del contrato de manera notable.

1. La falta de equilibrio entre las partes en los contratos de distribución comercial

Constituye una de las características más visibles de los contratos de distribución comercial el hecho de que la relación entre proveedor y distribuidor no resulta en la gran mayoría de las ocasiones una relación entre iguales. Desde el momento en que el distribuidor va a integrarse en

la red del proveedor estamos asumiendo como presupuesto que el mismo va a perder parte de su autonomía y de su capacidad de decisión para pasar a formar parte de una organización superior. Esta pérdida de la individualidad del distribuidor resulta más intensa una vez que el contrato es firme, pero también en la fase de negociaciones puede observarse de modo inequívoco un diverso peso específico de las diversas partes.

Este hecho es uno de los motivos fundamentales por los que se establecen deberes precontractuales intensos en los contratos del sector de la distribución comercial. Obsérvese el papel que juegan en estos contratos los deberes precontractuales de información, y el hecho de que hasta fechas bastante frecuentes únicamente funcionaran de modo unidireccional, esto es, solamente el proveedor debía proporcionar informaciones con carácter previo a la celebración del contrato. O téngase presente la generalización de las condiciones generales de la contratación en este tipo de relaciones comerciales, de las que nos ocuparemos a continuación.

El hecho de que las partes de los contratos de distribución no suelen encontrarse en una posición de igualdad es uno de los principales motivos que han llevado al legislador al convencimiento de que resulta necesaria una regulación específica aplicable al sector (14) . Hecha esta aseveración, nos encontramos con el problema de valorar cuál sea el modo más eficaz de proteger a esta «parte débil» del contrato, esto es, al distribuidor.

Si la solución elegida es tratar de establecer mecanismos tutivos de esta parte débil a nivel normativo, debemos ser conscientes de que nos movemos en un terreno delicado. Cuando nos encontramos ante una situación de desequilibrio negocial de las partes, nuestros esfuerzos se dirigen automáticamente a la búsqueda de mecanismos tendentes a reestructurar el equilibrio de dicha relación, poniendo fin a las situaciones de abuso que puedan darse. Siendo este enfoque totalmente legítimo, debemos intentar no perder la perspectiva completa del cuadro. Tratar de modificar las condiciones en que las partes contratan a través de normas imperativas puede tener repercusiones no deseadas en el mercado.

En este sentido, numerosos estudios realizados hasta la fecha han demostrado que el intento de alterar la autonomía de la voluntad conduce frecuentemente a ineficiencias en el mercado. Así, si tratamos de garantizar unas condiciones determinadas para tutelar al distribuidor, normalmente parte débil en este tipo de contratos, estaremos alterando el valor del contrato, los márgenes de las partes. Resulta evidente que el proveedor no va a reaccionar ante este proceso redistributivo de modo pasivo; por el contrario, va a tratar de mantener el valor que el negocio le reportaba a través de la alteración de otras variables del contrato, como pueda ser el precio (15) .

En esta situación, que el análisis económico del Derecho ha contribuido a poner de manifiesto, si queremos tomar medidas eficaces debemos tratar de aunar los intereses de todas las partes en conflicto; el objetivo será tutelar a la parte débil, pero la estrategia desarrollada para alcanzar el mismo deberá enfocarse a aumentar el excedente contractual conjunto, ya que es el modo de conseguir un nuevo equilibrio tolerable por ambas partes (16) .

2. La frecuente presencia de condiciones generales de la contratación

Debemos analizar en segundo lugar, en nuestro intento de aproximar la figura de la responsabilidad precontractual al mundo de la distribución comercial, el papel que en el mismo juegan las llamadas condiciones generales de la contratación.

Resulta lógico que, tratándose de contratos tendentes a crear una red homogénea de distribuidores, se plantee la posibilidad e incluso conveniencia de elaborar contratos tipo idénticos que regulen las relaciones entre el proveedor y sus diversos distribuidores (17) . Desde luego nada obsta a que las partes negocien individualmente el clausulado del contrato, si bien este hecho no va a producirse de modo frecuente.

El legislador, consciente de esta circunstancia, remite a la normativa específica en la materia, renunciando a establecer reglas o previsiones en relación con las características del sector (18) . A la hora de analizar si nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, debemos atender a la caracterización ofrecida en el art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre

condiciones generales de la contratación (19) . Según este precepto, resulta irrelevante en este sentido parámetros como la extensión o la autoría, que tradicionalmente quedan asociados a las mismas; los únicos requisitos que deben cumplir un conjunto de cláusulas para que se considere constituyen condiciones generales de la contratación son en primer lugar que hayan sido impuestas de modo unilateral por una de las partes y, en segundo lugar, que se hayan redactado con la intención de que las mismas se incorporen a una multiplicidad de contratos.

El hecho de que nos encontremos ante un contrato de adhesión o ante un contrato con clausulado negociado va a depender de las circunstancias en que se desarrollen los contactos. Si bien no resulta imaginable un supuesto en que las cláusulas se redacten codo a codo entre las partes, nada impide que se lleven a cabo ciertas negociaciones y transacciones sobre la propuesta que plantee el proveedor (20) . La capacidad de influenciar el tenor del clausulado por parte del potencial distribuidor dependerá básicamente de la posición de fuerza que pueda tener en las negociaciones, que habitualmente será escasa, y de la extensión que posea la red comercial del proveedor (21) .

Para que se produzca la incorporación de las cláusulas al contrato será necesario que el potencial distribuidor las haya aceptado y firmado el contrato en que se insertan, tras haber sido informado por el proveedor predisponente de su existencia y haber recibido un ejemplar de las mismas (22) .

Cabría preguntarse en este punto si el potencial distribuidor puede ser considerado bajo determinadas circunstancias consumidor, entrando en juego en consecuencia el concepto de condición abusiva. La posibilidad se plantea fundamentalmente en el caso de aquellos sujetos para quienes el contrato que se negocia constituya su primer contacto con el mundo empresarial. En estos casos durante la negociación del clausulado y hasta la perfección del contrato, el potencial distribuidor se encontraría en una situación más cercana a la del consumidor que a la del profesional. No obstante, esta posibilidad ha sido negada por la doctrina con buen criterio por el hecho de que el concepto de consumidor presente en nuestro Derecho exige que el mismo sea el destinatario final de los bienes y servicios (23) .

3. Extensión de la indemnización

Vamos a proceder por último, antes de pasar a ocuparnos de los concretos supuestos susceptibles de generar responsabilidad precontractual, a tratar de delimitar la indemnización exigible en estas situaciones.

La problemática relativa al montante a que debe ascender esta indemnización o, más concretamente, la composición que debe tener la misma se remonta a los orígenes mismos de la *culpa in contrahendo* (24) . La tensión entre el interés contractual positivo, o interés del cumplimiento, y el interés contractual negativo, orientado a la restitución del individuo a la situación en que se encontraba con carácter previo al inicio de las negociaciones, va a ser una cuestión que preocupe en buena medida a la ciencia jurídica de nuestro siglo.

La responsabilidad precontractual tiene como hemos visto su razón de ser en la existencia de comportamientos lesivos, que se consideran contrarios a la buena fe *in contrahendo*, y que se producen con anterioridad a que el contrato quede perfeccionado. Esta última circunstancia, el hecho de que no pueda hablarse todavía de vinculación contractual en sentido estricto entre las partes, lleva a la doctrina mayoritaria a defender el interés negativo como medida de resarcimiento del daño. Lo contrario, la defensa de la teoría del interés positivo se fundamenta en una auténtica ficción jurídica. Se busca obtener las ventajas económicas que se hubieran derivado de la perfección del contrato sin haberse producido la misma o, dicho de otra manera, atribuir a las negociaciones preliminares entre las partes la virtualidad de un contrato (25) .

Una vez posicionados a favor de la teoría del interés negativo, resulta conveniente desarrollar los concretos gastos que ésta comprenda. Hemos mencionado más arriba que su objetivo es devolver a la parte que confiaba en la conclusión del contrato y que ve defraudado su interés a la situación económica en que se encontraba con anterioridad al inicio de las negociaciones.

En este punto surgen numerosas preguntas sobre las que conviene reflexionar, como: ¿Debe

limitarse la indemnización a los gastos efectivamente realizados por el sujeto?, ¿debemos por el contrario tener en cuenta las ofertas que ha dejado de atender el mismo por haber elegido la que ha resultado fallida?, ¿cabe extender la indemnización a los potenciales beneficios obtenidos en el desarrollo de la actividad que sirve de base al contrato?

A la última de las cuestiones ya hemos respondido en buena medida al rechazar la teoría del interés contractual positivo, pero conviene detenerse un instante en las demás.

Los gastos que el sujeto lleva a cabo en el curso de las negociaciones forman de modo general parte de la indemnización en los supuestos en que se produzca responsabilidad precontractual, y constituyen el llamado daño emergente (26) . Por lo que a este trabajo respecta, hay que reiterar que la fase precontractual en los contratos de distribución comercial es particularmente intensa, dando lugar frecuentemente a desembolsos importantes en el curso de las negociaciones. Piénsese en los gastos derivados de los desplazamientos que se efectúen durante la fase de negociación (transporte, alojamiento), en los gastos de personal asociados a la operación (asesores, abogados), y en aquéllos más importantes que puedan haberse llevado a cabo en relación con los futuros establecimientos (adquisición de locales, adecuación de los mismos a las características del negocio a desarrollar). Los gastos que se hayan realizado por estos conceptos formarán parte del daño emergente y deberán indemnizarse en todo caso.

Hay que señalar, no obstante, que para que los gastos sean indemnizables han de haber sido realizados exclusivamente en atención a la celebración del contrato. No tendrán esta consideración los gastos especulativos o aquellos que, aun habiéndose producido con ocasión de la negociación, se considere forman parte del ejercicio normal de la actividad (27) , como puedan ser los gastos de publicidad o los estudios de mercado, que quedan englobados en la responsabilidad derivada del ejercicio de la propia actividad. La consideración de gasto indemnizable se reduce en suma a la prueba de la causalidad del gasto respecto a la concreta negociación atendida (28) .

No resulta en absoluto pacífica, por el contrario, la posible inclusión del lucro cesante dentro del interés negativo (29) . Cuando un sujeto selecciona una oferta de entre varias posibles y ésta finalmente no prospera, va a sufrir además de los gastos que el negocio le haya ocasionado un perjuicio por el hecho de haber tenido que rechazar las demás ofertas de que disponía. Podría pensarse que el simple hecho de haber elegido aquella opción que le resultaba más interesante o le transmitía más confianza no resulta motivo suficiente para que deba soportar el lucro cesante en este caso. Alrededor de esta problemática se produjo en la segunda mitad del siglo XX un debate, particularmente interesante en la doctrina italiana (30) , cuyo desarrollo no obstante excede los límites de este trabajo.

A pesar de que desde un punto de vista hipotético pudiera plantearse la posibilidad de reconocer el lucro cesante como integrante del interés positivo, en el caso de los contratos de distribución comercial esta opción es claramente inviable. Tratándose de contratos que se prolongan en el tiempo y de gran complejidad, el cálculo de las potenciales ventajas obtenidas como se ha señalado se convertiría en una auténtica *probatio diabólica* (31) . Dejar en este punto la fijación del *quantum* de la indemnización en manos del juez implicaría un nivel de arbitrariedad no asumible. Por ello, resulta más conveniente para el sector limitar el interés negativo al daño emergente, a los gastos efectivamente realizados.

III. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Procede centrarse a continuación en los supuestos concretos en los que va a materializarse la *culpa in contrahendo* en los contratos de distribución comercial. La doctrina civilística ha abordado en las últimas décadas la tarea de sistematizar estas situaciones de modo satisfactorio, dirigiéndose mis esfuerzos en consecuencia a circunscribirlas al sector que nos interesa. Así, observaremos que las situaciones susceptibles de originar responsabilidad poseen unas características muy definidas en estos contratos, debido fundamentalmente al desequilibrio *inter partes* anteriormente mencionado.

En primer lugar debemos señalar que, cuando se trata de sistematizar los supuestos que

pueden conllevar el surgimiento de responsabilidad precontractual, nos movemos en un terreno muy subjetivo, pudiendo encontrar tantas clasificaciones como autores se han ocupado de la materia (32) . Por mi parte, mi intención es tratar de evitar en lo posible cualquier afán sistematizador, procediendo a estudiar directamente los supuestos concretos que originan la responsabilidad de las partes en los contratos de distribución y dejando de lado el hecho de que traigan causa de un contrato válido, invalido, eficaz o ineficaz.

Así pues, a continuación me centro en el estudio de las principales situaciones susceptibles de hacer surgir *culpa in contrahendo*, prestando especial atención a los matices que en este punto se observan por la peculiar configuración de los contratos de distribución comercial. La integración del distribuidor en la red del productor, que resulta particularmente intensa en los contratos de concesión, y sobre todo de franquicia, va a hacer que el segundo determine en buena medida el comportamiento del primero (33) .

Esta pérdida de autonomía típica de los contratos de distribución comercial acentúa la importancia de que la decisión del distribuidor de integrarse en la red del proveedor sea tomada «con conocimiento de causa» (34) , lo que repercute en la fijación de unos deberes precontractuales de gran alcance.

Como hemos mencionado más arriba, únicamente vamos a analizar aquellos supuestos que presentan mayor interés en lo que respecta al sector de la distribución comercial. En concreto abordaremos los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones, de violación de los deberes precontractuales de información y de violación del deber de confidencialidad. Cabría pensar en incluir en el estudio otros grupos de supuestos, pero bien sea por su no aplicabilidad a todos los tipos contractuales, o por su excesiva conexión con otro supuesto contemplado, he considerado oportuna su omisión.

La relación precontractual en este sector no ha dado lugar a un desarrollo jurisprudencial de entidad. Todavía, deberemos tener en cuenta la casuística existente que opera en numerosas ocasiones como guía ante la atipicidad en que se han encontrado tradicionalmente envueltos los contratos de distribución comercial (35) .

IV. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Se trata de uno de los supuestos clásicos de responsabilidad precontractual, cuya delimitación no plantea problemas, y cuyo fundamento se encuentra en la protección de la confianza creada en la conclusión del contrato (36) .

Supongamos que un proveedor y un potencial distribuidor inician un proceso de negociaciones, orientando sus esfuerzos a aproximar posturas y a tratar de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses comerciales. Es evidente que por el hecho de entrar en negociaciones las partes no se van a ver forzadas a llegar a un acuerdo (37) , no existe una obligación de contratar exigible por haber iniciado esos contactos, a modo de obligación de resultado (38) .

No obstante, el hecho de que no se pueda obligar a las partes a llegar a un acuerdo no significa que la libertad de las mismas en la negociación sea absoluta o ilimitada (39) . En caso de que así fuera, el tráfico comercial sería sumamente inestable, y los operadores del mercado se lo pensaría mucho antes de apostar por un proyecto, si son conscientes de que en cualquier momento la parte con la que tratan puede apartarse de las negociaciones por puro capricho sin que esto les ocasione ningún tipo de consecuencia de orden indemnizatorio. Este riesgo resultaría particularmente intenso en el sector de la distribución comercial, por la entidad de las reformas, inversiones y, en general, de los gastos que el potencial distribuidor se ve con frecuencia obligado a acometer en el periodo de negociaciones de este tipo de contratos.

Por lo que respecta al tratamiento que ha recibido el supuesto en la normativa encaminada a regular los contratos de distribución comercial en nuestro país, la propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2006 dedica su art. 7 (40) a la «responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares».

Hay que señalar que este art. 7 de la PALCD se encuentra claramente inspirado en los textos internacionales en materia de contratos (41) , hasta el punto de que se limita a reproducir las genéricas cláusulas que los mismos establecen, sin tratar de realizar una adecuación o adaptación de su contenido al sector de la distribución comercial (42) .

A tenor del art. 7 PALCD a las partes se les va a poder exigir responsabilidad por los tratos previos cuando actúen con mala fe y cuando la causa de que hayan interrumpido las negociaciones resulte imputable a su propia conducta (43) . Por su parte, iniciar las negociaciones sin intención de contratar constituirá a tal efecto una presunción absoluta de actuación con mala fe.

En este sentido se pronuncia asimismo la propuesta de anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada en 2006, a la que cabe hacer mención, en el artículo correspondiente a los deberes precontractuales (44) .

Resulta sorprendente, en cambio, que el proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 calle al respecto, ocupándose exclusivamente el título correspondiente a la formación del contrato a regular los deberes precontractuales de información y de confidencialidad, la exigencia de forma escrita y el régimen a que quedan sometidas las condiciones generales de la contratación.

Analizado el tratamiento que otorga la normativa en materia de distribución, que presenta un carácter bastante limitado, procedo a desarrollar los diversos requisitos que deberá cumplir una ruptura de negociaciones para que resulte susceptible de originar responsabilidad a la parte actora. Estos requisitos, que fueron objeto de elaboración doctrinal, cuentan actualmente con respaldo jurisprudencial (45) . Son los siguientes:

1. Ruptura de carácter injustificado

No todo supuesto de ruptura de las negociaciones va a resultar apto para hacer surgir responsabilidad. Para ello, debe tratarse en primer lugar de una ruptura de carácter injustificado (46) . Si decimos que un sujeto responderá en caso de apartarse injustificadamente de las negociaciones estamos presuponiendo que existen una serie de situaciones en las que sí que está justificado ese comportamiento, concediéndose al mismo la posibilidad de romper las negociaciones en que se encuentra inmerso. Por lo tanto, para delimitar el supuesto vamos a proceder a continuación a tratar de recoger cuáles son esos concretos supuestos en los que resulta objetivamente justificado para las partes el romper con las negociaciones.

Tradicionalmente se ha considerado que no existe ruptura injustificada de las negociaciones en el caso de que se produzca un cambio significativo en las circunstancias del negocio (47) . Si en el supuesto señalado las partes se encuentran negociando en el marco de unas determinadas condiciones y éstas se alteran posteriormente, parece lógico que la ruptura de las negociaciones se considere justificada. Esta alteración sobrevenida de las condiciones podrá venir causada por una de las partes, que en un momento dado decida imponer nuevas condiciones más onerosas o modificar las existentes en tal sentido o bien por eventos externos cuya existencia haga el negocio menos atractivo para las partes (48) . Así, pensemos en un contrato de concesión cuya negociación se encuentra avanzada. Si el concedente decide en último término reservarse la facultad de vender él directamente a un conjunto de clientes susceptibles de disminuir de forma significativa el volumen de ventas del potencial distribuidor, parece claro que deberá facultarse al mismo para desistir de las mismas, o cuando menos a revisar los términos del contrato. Nótese que la facultad no deriva de la cláusula en sí, que es perfectamente lícita, sino del hecho de que el distribuidor no ha de verse compelido a concluir un contrato diferente al que ha negociado.

Tampoco existe problema en reconocer que está justificada la ruptura de las negociaciones en aquellas situaciones en que resulte evidente que no se va a alcanzar un acuerdo. Para que el acuerdo llegue a producirse es necesario que las partes, además de tener interés en el mismo, muestren una actitud cooperativa y flexible. En el caso contrario, cuando nos encontramos en un

proceso de negociaciones en el que no se avance por la incapacidad de las partes para renunciar a alguna de sus exigencias, realizar transacciones o flexibilizar su posición, cualquiera de ellas podrá poner fin a las mismas siempre que se desprenda de modo patente la esterilidad de su continuación (49) . Este supuesto, que tiene su fundamento en el derecho que tienen las partes a no verse obligadas a continuar negociando *sine die*, no parece sin embargo que vaya a producirse de modo frecuente, dado que las partes son las principales perjudicadas en el caso de que las negociaciones se alarguen en el tiempo, por los altos gastos que conllevan estos procesos. No obstante, las negociaciones pueden enquistarse en puntos especialmente sensibles, como pueda ser el establecimiento de una cifra mínima de compras o el destino del stock sobrante a la extinción del contrato.

Más problemática resulta en cambio la posibilidad de romper las negociaciones en caso de recepción de una oferta más ventajosa, aunque a día de hoy no faltan autores que defiendan su consideración de justa causa de ruptura de las negociaciones (50) . La realización de una actividad económica está orientada a la obtención de un provecho, y la intención de los sujetos que operan en el mercado no es otra que maximizar ese provecho. El problema se plantea cuando existiendo negociaciones de cierta entidad entre un proveedor y un potencial distribuidor, el primero reciba una oferta mejor de otro operador, encontrándose ante la disyuntiva de concluir las negociaciones con el distribuidor originario en las condiciones que hubieran acordado o bien romperlas y comenzar un nuevo proceso de negociaciones en unas condiciones más interesantes para él con el nuevo distribuidor.

La posible vulneración de la confianza depositada en la perfección del contrato va a ser la variable clave para abordar este supuesto (51) . No obstante, dado que la confianza va a tener un papel protagonista en todos los supuestos en los que se analiza la posible existencia de una ruptura injustificada de las negociaciones, abordamos su estudio a continuación como tercer requisito que debe reunir una ruptura para que se considere que tiene carácter injustificado.

2. Existencia de una confianza razonable en que el contrato se va a concluir

Como se ha señalado, durante un proceso de negociación en principio las partes poseen libertad plena para decidir que no les interesa seguir en tratos con la otra parte del mismo modo que la tenían para decidir comenzarlos (52) . No obstante, la confianza de las mismas en que las negociaciones van a concluir en acuerdo va a ser el motor del proceso, el motivo por el que van a estar dispuestos a afrontar los desplazamientos, trámites y desembolsos que un proceso de este tipo supone.

Por lo tanto, sin dejar de reconocer que la libertad de las partes en las negociaciones es sumamente importante para la actividad comercial, fue tomando forma con el tiempo la idea de que la confianza debe ser asimismo un elemento a tener en cuenta. Así, cuando en un proceso de negociaciones una parte con su actitud cree en la otra una razonable confianza en que el contrato se va a concluir y posteriormente rompa las negociaciones, dicha parte deberá ser responsable de los perjuicios ocasionados (53) . Formulado de otra manera, para que pueda derivarse responsabilidad de un supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones deberemos probar que la parte que sufre la ruptura confiaba en que el contrato iba a celebrarse, y que esta confianza era razonable.

Para analizar correctamente el binomio libertad de las partes-responsabilidad derivada de la confianza suscitada, debemos ser conscientes que nos vamos a mover en una situación en que existe un conflicto de intereses (54) . En un inicio, resulta tutelable el interés de la parte que decide en un momento dado que no le interesa contratar, por resultar contrario a sus intereses o por disponer de una alternativa que le resulta más atractiva. Sin embargo, este interés va a ceder en determinadas situaciones en que nos encontramos con un interés más digno de tutela. Este nuevo interés a proteger va a entrar en escena cuando una de las partes actúe de tal modo que haga creer a la otra parte que el contrato se va a celebrar, rompiendo posteriormente y sin causa justificada las negociaciones. Así, se considera que el interés de la parte que confiaba en la conclusión del contrato de que éste finalmente se materialice resulta más digno de tutela que el de la parte que decide desligarse de las negociaciones en esta situación.

Hay que señalar que cualquier referencia a la motivación de la parte que interrumpe las negociaciones es irrelevante. Para analizar si una ruptura es justificada o injustificada debemos prescindir absolutamente de elementos psicológicos de la parte que la lleva a cabo, esto es, de la buena fe subjetiva (55) . De hecho, es perfectamente posible que la parte transmitiera confianza al otro contratante por el hecho de que él mismo la sintiera, por resultar la perspectiva del negocio atractiva o simplemente por puro optimismo.

Tanto es así, que se exigirá responsabilidad a quien genera confianza en la contraparte aun en el caso de que se trate de un contrato cuyo cumplimiento resulte imposible *ab initio*. Se trata del supuesto de imposibilidad inicial, recogido en el art. 8 (56) PALCD, que obliga a responder en la medida de la obligación contraída.

Sí que realizaremos en cambio un análisis para tratar de determinar si se ha vulnerado la buena fe objetiva, íntimamente relacionada con el concepto de confianza utilizado. Para considerar que la confianza de la parte que sufre la ruptura es razonable debemos atender fundamentalmente a la actitud del sujeto que rompe las negociaciones, que debe ser idónea para hacer nacer esta confianza. Se ha señalado la conveniencia de determinar si este comportamiento o actitud se ajusta al estándar de coherencia exigible (57) . Para ello debemos tomar en consideración tanto la conducta previa como posterior a la ruptura, para ver si conjuntamente analizado se trata de un comportamiento lineal o por el contrario se trata de acciones que no guardan un mínimo de conexión o coherencia entre ellas, en cuyo caso podremos determinar que se ha vulnerado la buena fe objetiva en las negociaciones.

3. Cierta entidad de las negociaciones

Se trata de un requisito que aparece íntimamente ligado al anterior, hasta el punto que podríamos decir que se trata de un requisito del requisito anterior. En un proceso de negociaciones podemos distinguir un inicio, un desarrollo más o menos complejo y prolongado y un fin, representado por la emisión del consentimiento y la perfección del contrato. En un inicio, lo habitual será que las partes sean por completo ajenas entre ellas, no habiendo contratado con anterioridad y guardando por lo tanto una cierta cautela en los tratos preliminares. Conforme las negociaciones vayan avanzando, las partes, salvo que el proceso fracase, irán aproximando sus posturas hasta que se encuentren lo suficientemente cerca en términos negociales como para que el acuerdo se formalice (58) . Los contratos de distribución comercial, no obstante, presentan peculiaridades reseñables en relación con el proceso de negociación, al venir en buena medida la misma orquestada por el titular de la red, como hemos visto al analizar la influencia que en el sector poseen las condiciones generales de la contratación.

El nexo con la confianza analizada en el epígrafe anterior resulta claro. A lo largo del *iter* negocial, la «confianza razonable» será en cada momento diferente, aumentando paulatinamente conforme las negociaciones evolucionen. Por ello, para que la confianza de la parte que sufre la ruptura se considere razonable habrá de ser proporcional al grado de desarrollo en que se encuentren los tratos, no pudiendo ser desmesurada respecto a lo que cabría esperar al respecto.

En cualquier caso, resulta exigible una mínima entidad de las negociaciones, no habiendo lugar a preguntarse por una posible responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones cuando nos encontramos en la fase inicial de aproximación o tanteo (59) . Elementales razones de agilidad comercial y de estabilidad de mercados así lo aconsejan.

Pese a que no resulta en absoluto sencillo determinar el momento en el que las negociaciones poseen la entidad necesaria como para hacer surgir responsabilidad a quien se aparta intempestivamente de las mismas, hay que señalar que en toda negociación nos encontraremos con material apto para poder hacernos idea de lo avanzado de las mismas, señaladamente correspondencia, conversaciones o documentos y en base a esta información, establecer el nivel de confianza que resultaría razonable en las partes.

4. Producción de un daño o perjuicio patrimonial

Para que exista responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones es

necesario por último que la misma haya producido un perjuicio patrimonial en la otra parte (60) . Este daño viene conformado por los importes relativos a los gastos a que las partes han tenido que hacer frente durante el proceso de negociación del contrato, esto es, el interés negativo, anteriormente analizado.

V. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Los deberes de información, pese a que han venido gozando de un protagonismo cada vez mayor en el conjunto de nuestro ordenamiento positivo, tienen un papel particularmente clave en lo que respecta a los contratos de distribución comercial y al contrato de franquicia en particular, dado que durante mucho tiempo la única normativa existente en relación con este contrato abordaba precisamente esta cuestión.

La idea que late tras estos deberes de información es que cada una de las partes debe informar a la otra de aquellas circunstancias que, de ser conocidas por ésta, provocarían que no contratase o bien que contratase en otros términos (61) . En un mercado cada vez más especializado y complejo, se considera razonable establecer unos deberes de información precontractual entre las partes que traten de reducir la brecha informativa existente entre las mismas, para tratar de llegar a una situación de equilibrio en el momento en que se obliguen.

Es evidente el carácter tuitivo de la parte considerada débil en estos contratos. Se trata de proteger a la parte que se encuentra en una situación de déficit de información, para tratar de evitar que se obligue en unos términos que no responden a sus intereses. Hay que tener presente que la parte que sufre esta desigualdad de información frecuentemente carece de una experiencia profesional de entidad, lo que no hace sino reforzar la necesidad de estos deberes en el tráfico moderno (62) . El diferente nivel de integración que experimenta el distribuidor en la red del proveedor en las distintas figuras contractuales se configura nuevamente en un obstáculo a la hora de tratar de elaborar una regulación común al conjunto de los contratos de distribución, existiendo diversas opciones de técnica legislativa en este punto (63) .

Procedemos a continuación a abordar los diversos textos, nacionales e internacionales que abordan los deberes de información precontractual en materia de distribución.

1. La normativa derivada del art. 62 LOCM

Los deberes de información precontractual, en relación con el contrato de franquicia, recibieron la pronta atención del legislador a través del art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, art. único del capítulo VI del título III de la misma, que lleva por título «De la actividad comercial en régimen de franquicia», y del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre (actualmente Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero), por el que se desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el registro de franquiciadores.

El legislador, consciente de que el contrato de franquicia sufre de modo particular los efectos de la asimetría informativa entre las partes, dedica el art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista a regular el régimen de la franquicia (64) . Tras destinar los dos primeros puntos del precepto a definir qué ha de entenderse por actividad comercial en régimen de franquicia y a establecer el deber de los potenciales franquiciadores de inscribirse en el registro correspondiente, el art. 62.3 crea el marco sobre el que se desarrollarán posteriormente los deberes precontractuales de información en el contrato de franquicia (65) .

El precepto impone la obligación al franquiciador de proporcionar al futuro franquiciado «la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia» (66) . De la propia redacción se desprende inequívocamente la finalidad del deber, que no es otra que tutelar al futuro franquiciado concediéndole en todo caso un nivel de información que se considere suficiente para que decida con criterio (67) . A continuación, se mencionan una serie de informaciones de especial significación, a las que habrá de referirse el franquiciador, pero que en ningún momento constituyen una lista cerrada, siendo

establecidas por el legislador de modo ejemplificativo.

En cuanto al aspecto temporal, se determina que la información ha de ser facilitada al potencial franquiciado al menos veinte días antes de proceder a la firma del contrato o precontrato, o a la entrega de pago alguno. Esta información, precisa el precepto, habrá de facilitarse en soporte escrito (68) , lo que posibilitará que pueda analizarse *a posteriori* si la misma ha resultado suficiente y ajustada a la realidad (69) .

El desarrollo reglamentario del artículo, que debía encargarse de precisar y concretar los contenidos del deber, vino finalmente actuado por el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el registro de franquiciadores. El citado Reglamento se componía de doce artículos, una Disposición Transitoria única y tres Disposiciones Finales, dedicándose el art. 3 a desarrollar el contenido de las informaciones que debían facilitarse por el franquiciador. A día de hoy, esta normativa de desarrollo ha quedado derogada por el RD 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 que, no obstante, mantiene inalterada la relación de contenidos que ha de poseer la información a entregar al potencial franquiciado.

Pero más que las concretas informaciones que la normativa de desarrollo obliga a suministrar, debemos centrarnos en analizar las consecuencias que va a tener la falta de entrega de las mismas, o su entrega incompleta o no veraz (70) . Hay que señalar que el RD 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 no se ocupa de este aspecto, limitándose a desarrollar la información que el franquiciador debe suministrar al potencial franquiciado, debiendo acudir para responder a estas cuestiones a la propia Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Respecto a los efectos administrativos, el capítulo II del título IV de la LOCM (Clases de infracciones) no recogía expresamente la sanción en que incurría quien no proporcionaba la preceptiva información contractual o lo hacía de modo defectuoso; así, debía acudirse al art. 64 de la LOCM donde se establecía que tendrán la consideración de infracciones leves (71) :

«h) En general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica».

No obstante, la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, añade un nuevo apartado al art. 65.1 LOCM. Así, actualmente tendrán la consideración de infracciones graves (72) :

«s) Cursar información errónea o claramente insuficiente cuando ésta haya sido solicitada de conformidad con la normativa de aplicación y tenga carácter esencial, se generen graves daños o exista intencionalidad».

Esta modificación legislativa viene a recoger la crítica de la doctrina por considerar la Ley infracción leve el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los deberes de información precontractual (73) .

En segundo lugar, en relación con los efectos civiles derivados del incumplimiento del deber de información precontractual, durante la negociación vamos a movernos en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Si se produce un incumplimiento o un cumplimiento deficiente de los deberes de información y esto provoca un daño o perjuicio patrimonial al potencial franquiciado, que confiaba en la celebración del contrato, surgirá la *culpa in contrahendo*, debiendo indemnizarse en la medida del interés negativo, anteriormente descrito.

En el supuesto de que el contrato haya llegado a perfeccionarse, deberemos analizar los efectos que la violación de los deberes precontractuales de información van a ocasionarle. A este respecto, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista presenta una Disposición Final Única cuyo

primer apartado enumera una serie de artículos de la LOCM que:

«Constituyen legislación civil y mercantil, y serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos».

Entre estos artículos a los que se atribuye carácter civil se encontraba el art. 62 de la LOCM y, por ende, los deberes de información precontractual regulados en el art. 62.3. Este hecho, llevaba a considerar que la sanción aparejada al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso de los deberes precontractuales de información era la de nulidad, por el juego del art. 6.3 del Código Civil (74) . No obstante, un importante sector doctrinal, que ha contado en ocasiones con el reconocimiento expreso de una Audiencia Provincial (75) , se inclina por la anulabilidad como sanción aplicable al supuesto, con la intención de reconocer al franquiciado la libertad de optar bien por la continuación, bien por la resolución del contrato (76) .

2. Los deberes de información en la Ley modelo UNIDROIT sobre franquicia

Continuando con los deberes de información en materia de franquicia, debemos hacer mención, si bien breve, a otro texto, desarrollado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. La Ley modelo UNIDROIT sobre franquicia, como expresamente recoge el preámbulo, reconoce el papel cada vez más destacado que presenta la franquicia en las economías nacionales y se presenta «*como un ejemplo que no es obligatorio para los legisladores nacionales y como un instrumento que pretende ser una recomendación para los Estados que han decidido adoptar una legislación específica sobre este tema*».

El texto tiene la virtud, además de abordar el elenco de informaciones que han de suministrarse al potencial franquiciado con extraordinario detalle (77) , de reconocer en su art. 8 al mismo modo expreso la posibilidad de continuar con el contrato o poner fin al mismo, con la indemnización en todo caso de los daños y perjuicios producidos. Hay que señalar que la Ley Modelo deja libertad a los diversos Estados para configurar la violación de los deberes de información como un supuesto de anulabilidad, de rescisión o de resolución (78) . En concreto, la facultad de opción mencionada se reconoce en los supuestos en que el documento de información, al que se asimila la notificación de una modificación significativa, no se entregue en el plazo fijado, induzca a error sobre un hecho significativo, o bien lo omita.

De darse alguna de estas circunstancias, el franquiciado, siempre y cuando lo notifique por escrito al franquiciador con una antelación de treinta días, podrá poner fin al contrato y/o solicitar al franquiciador una indemnización por los perjuicios sufridos. No obstante, se establecen una serie de excepciones a esta facultad, no procediendo en caso de que el franquiciado hubiera obtenido la información por otros medios, no hubiera sido inducido a error o cuando, en atención a las circunstancias, resulte desproporcionado poner fin al contrato.

La Ley modelo UNIDROIT contempla, en este y en otros aspectos, un buen número de previsiones cuya incorporación a nuestra normativa interna habría constituido sin duda una notable mejora de la situación existente. Por ello, resulta comprensible que la doctrina se haya lamentado de que numerosas soluciones ofrecidas por la norma no se hayan trasladado a nuestra regulación cuando se ha tenido la oportunidad de hacerlo (79) .

3. Recepción de la figura en la PALCD de 2006 y en el proyecto de Ley de 2011

Finalmente, debemos realizar una aproximación al régimen que los modernos textos nacionales en materia de distribución establecen en lo referente a los deberes precontractuales de información y a las consecuencias de su incorrecto cumplimiento.

En primer lugar, atenderemos a lo dispuesto en la PALCD de 2006, que dedica su art. 6 a regular los «deberes precontractuales». Lo primero que cabe apuntar de este artículo es que configura los deberes de información como una obligación recíproca de las partes. Ya no nos vamos a encontrar con una carga impuesta únicamente al proveedor, sino que ambas partes van a verse compelidas a entregarse la información indicada en el precepto. La mención resulta

adecuada, ya que es recomendable también para el proveedor tener ciertas informaciones sobre el potencial distribuidor con anterioridad a la formalización del contrato, si bien la misma no se destina exactamente a los mismos fines (80). Igualmente, constituye una novedad el plazo para entregar la misma, que pasa de los veinte días al mes, sin que podamos encontrar justificación a la ampliación, que además va a ser aplicable a la totalidad de los contratos de distribución y no únicamente a la franquicia.

Resulta llamativa la extraordinaria parquedad del precepto en relación con las concretas informaciones que se han de suministrar; no obstante, no podemos considerar la enumeración como un *numerus clausus* sino como un conjunto orientativo (como se deduce de la mención «en especial»), resultando evidente la intención del legislador de establecer una regulación de mínimos, adaptable al conjunto de contratos que forman la categoría de los contratos de distribución.

Por último, tras exigir que la información sea veraz, no engañosa y que se guarde en relación con la misma una absoluta confidencialidad, se sanciona el incumplimiento del deber de información en caso de que no se celebre el contrato, debiendo indemnizar la parte incumplidora los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte. Nada se menciona, en cambio, en relación a las consecuencias que pueda acarrear el incumplimiento de los deberes de información en caso de que la parte que sufre el mismo se incline por continuar la relación. Volvemos al debate nulidad/anulabilidad que hemos apuntado más arriba al hilo de la normativa derivada del art. 62 LOCM. Debido a estas dudas sería conveniente en mi opinión que el precepto se pronunciara de modo expreso sobre este supuesto, no limitándose al caso de contrato frustrado, y reconociendo una facultad de opción en la línea de lo dispuesto por la Ley Modelo UNIDROIT sobre franquicia.

El Proyecto de 2011 dedica su art. 6, bajo el título de «Deberes precontractuales de información» a establecer la obligación de las partes de poner a disposición de su contraparte negocial una serie de informaciones cuyo conocimiento se considera básico para que puedan obligarse con conocimiento de causa. Así, el art. 6.1 del Proyecto, tras una temprana alusión al sometimiento de la disposición al principio de buena fe, como se ha señalado más arriba fundamento último de los deberes precontractuales de información, establece la reciprocidad de la obligación de información, debiendo entregarse la información «mutuamente», siguiendo la línea marcada por la PALCD.

El hecho de que se establezca un deber de información exigible a las dos partes, no cabe interpretarlo no obstante como una exigencia «entre iguales». Pese a que al proveedor le conviene tener conocimiento de una serie de datos del potencial distribuidor, es evidente que el mismo va a continuar presentando una superior carga informativa (81).

Ya sabemos que las partes han de entregarse la información mutuamente, falta por ver el periodo de tiempo en que esta entrega debe producirse. A eso se dedica el art. 6.1 *in fine*, que menciona que la misma deberá realizarse «con razonable antelación a la formalización del contrato». Esta alusión al plazo razonable constituye una novedad en la regulación de los contratos de distribución en nuestro país, ya que con anterioridad a este texto se han venido utilizando periodos de tiempo determinados, sean de veinte días, sean de un mes (82).

A continuación el art. 6 se dedica en sus puntos dos y tres a desglosar las concretas informaciones que han de suministrarse las partes. Hay que aclarar en este punto que el precepto establece el deber de entregar la información «*si así lo solicita la otra parte*». Esta expresión, pese a que pueda parecer en cierta forma trivial, constituye un mecanismo notable de flexibilización normativa. La imperatividad de la norma reguladora del deber de suministrar información podía tener su razón de ser en lo relativo al contrato de franquicia, por la intensidad de las relaciones a que da lugar este contrato y la frecuente falta de experiencia del franquiciado, pero su extensión automática a la totalidad de contratos de distribución que realizaba la PALCD era, de nuevo, excesiva (83).

El apartado 6.5 relativo a la responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes de información es idéntico al correspondiente apartado 6.5 de la PALCD, por lo que sirven al respecto las consideraciones efectuadas en relación con este último.

VI. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Se trata de un supuesto de responsabilidad parcialmente conectado con el anterior. Si en el apartado precedente vimos que se exigía responsabilidad a quien no cumplía con la obligación de información o la cumplía de manera defectuosa, ahora la responsabilidad va a derivar del uso inadecuado de esta información suministrada, en concreto de la violación del deber de confidencialidad o secreto exigible a quien recibe dicha información.

El fundamento de este deber de confidencialidad cabe encontrarlo de nuevo en la buena fe que debe presidir las negociaciones preliminares. Hay que señalar no obstante que, si bien el deber de confidencialidad tiene su importancia en la fase de negociación de cualquier contrato, no es menos cierto que en el caso de los contratos de distribución comercial adquiere una importancia decisiva, por el hecho de que la información transmitida con frecuencia tendrá un destacado valor patrimonial (84).

Así pues, nos encontramos nuevamente ante la necesidad de ponderar dos intereses contrapuestos. Por un lado, nos encontramos con el interés del potencial distribuidor de disponer de toda la información que le sea posible, con objeto de poder formarse una idea apegada a la realidad para que su consentimiento sea consciente y fundamentado. Por otro lado, resulta claro que el proveedor por su parte intentará, cumpliendo con las exigencias derivadas de la normativa aplicable, no dar más información de la estrictamente necesaria.

De lo expuesto se deduce que la regulación de los deberes de información en este tipo de contratos ha de orientarse a tratar de buscar un equilibrio entre la necesidad de saber del potencial distribuidor, frecuentemente parte débil de la relación, y la legítima oposición del proveedor a desnudar su modelo de negocio a quien ni tan siquiera forma parte de su red.

1. El art. 4 RD 201/2010, relativo al deber de confidencialidad en los contratos de franquicia

El análisis del régimen jurídico aplicable al supuesto debe partir nuevamente de la normativa derivada de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para el contrato de franquicia, en concreto del art. 4 del RD 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.

Hemos mencionado en primer lugar la normativa derivada de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y no la propia Ley porque en el art. 62 en ningún momento se alude a este deber de confidencialidad. Va a ser el derogado art. 4 del RD 2485/1998, ahora art. 4 del RD 201/2010, el encargado de recoger el mismo, disponiendo 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».

Como ya señalamos el art. 62 de la LOCM y más en concreto el art. 3 del RD 201/2010 establecía un deber de información de carácter unidireccional, a cargo exclusivamente del franquiciador, por lo que consecuentemente el art. 4, al regular a continuación el deber de confidencialidad, solamente lo atribuye al franquiciado, único receptor de información.

El art. 4 del RD 201/2010 vemos que posibilita que se exija esta confidencialidad, pero en ningún momento obliga a solicitarla, no se trata de un precepto imperativo. Este hecho ha llevado a la doctrina a preguntarse por la utilidad de una declaración semejante, desde el momento en el que la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 del Código Civil permitiría indudablemente un pacto en tal sentido sin necesidad de pronunciamiento expreso de la norma mencionada (85).

2. Tratamiento del deber de confidencialidad en los recientes proyectos en materia de distribución

Por lo que respecta al tratamiento que los nuevos textos en materia de distribución establecen en relación con el deber de confidencialidad, debemos señalar en primer lugar que dado que éstos conciben la obligación de información en ambos sentidos (del proveedor al potencial distribuidor y viceversa) el deber de confidencialidad será aplicable en consecuencia a ambos sujetos.

La PALCD es sumamente parca al abordar el deber de confidencialidad limitándose a poner de manifiesto en el tercer apartado de su art. 6 (como vimos destinado a regular los deberes precontractuales) que:

«Las partes deberán mantener una absoluta confidencialidad sobre la información recibida, aun en el caso de que no llegara a celebrarse el contrato».

Resulta muy llamativo el endurecimiento de la redacción respecto al art. 4 del RD 201/2010. Mientras éste se limitaba a reconocer al franquiciador la posibilidad de exigir un deber de confidencialidad al franquiciado, el art. 6 PALCD establece la obligatoriedad de la confidencialidad respecto a la información recibida, extendiéndola además a las dos partes de la negociación.

Como hemos mencionado anteriormente la información en los contratos de distribución comercial suele tener un fuerte componente económico, derivado de la trasmisión de información sensible sobre la organización de la red y el *know how* propio de la actividad. Este hecho, que debe ser tenido en cuenta, no obsta para que resulte excesivo a mi juicio considerar como confidencial toda información transmitida.

Cabría hacer nuevamente mención a la propuesta de anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que restringe en cierta medida la previsión, al aludir en su art. 51.4 al carácter reservado que habrá de tener la información para someterse al deber de confidencialidad, previendo que:

«Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones».

Más atención dedica por su parte el proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, que desgaja el deber de confidencialidad del art. 6 relativo a los deberes precontractuales de información con la intención de darle un tratamiento más profundo en el siguiente artículo, que lleva por título «Confidencialidad».

El Proyecto aborda el asunto desde una nueva perspectiva. Si hasta el momento hemos analizado la posibilidad de extender el deber de confidencialidad a toda información recibida o bien limitarlo a aquellas que tengan o a las que se otorgue tal carácter, el art.7 del Proyecto de 2011 se muestra asimismo partidario de la restricción pero en base a un criterio diferente. Lo relevante para decidir si una información se ve afectada por el deber de confidencialidad va a ser su potencial lesivo para la otra parte. Así, si la información en cuestión puede lesionar a la otra parte se verá sometida al deber de confidencialidad.

A continuación vamos a centrar nuestra atención en tratar de ver en qué se concreta la violación del deber de confidencialidad en estos contratos. A ello se orienta el art. 7.3 del Proyecto de 2011, que afirma lo siguiente:

«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».

No obstante, no se especifica cuáles sean estas acciones. Si atendemos a la normativa internacional en materia de contratos, vemos que en todos los textos se recoge la posibilidad de que, junto a la indemnización derivada de los daños y perjuicios causados, se establezca la devolución o pago de los beneficios obtenidos por la parte infractora derivadas de tal violación

(86) . Es evidente que esta previsión constituye una novedad, dado que las dudas existentes en materia de indemnización se debían a la opción por el interés positivo o por el interés negativo. Esta indemnización derivada de los beneficios obtenidos por la parte infractora es una figura ajena a esta discusión, no quedando comprendida en ninguno de los intereses apenas mencionados. De hecho, podría concederse esta indemnización aun en el supuesto de que no se hubiera producido efectivamente daño alguno, lo que parece que aleja la discusión de la figura de la responsabilidad precontractual para acercarse al ámbito del enriquecimiento injusto (87) .

Considero que los textos internacionales en materia de Derecho de contratos constituyen nuevamente la dirección a seguir y es que la violación del deber de confidencialidad no conlleva necesariamente la producción de un perjuicio patrimonial a la contraparte, pudiendo resultar neutra para la misma pero produciendo beneficios a la parte infractora. Es a esta situación a la que se trata de poner freno con la previsión apenas mencionada, cuya incorporación a nuestra normativa resultaría positiva por el hecho de que este beneficio derivado de la infracción del deber de confidencialidad no se encuentra cubierto por la configuración clásica de la responsabilidad precontractual.

Finalmente, mencionar que el deber de confidencialidad constituye, a mi modo de ver, uno de los puntos débiles de la normativa nacional sobre contratos de distribución. Si bien resultaba criticable el art. 4 del RD 201/2010, de 26 de febrero, por quedar comprendido en la genérica libertad de pactos del art. 1255 CC, la reacción operada por la PALCD, orientada a establecer una absoluta confidencialidad respecto a toda la información recibida no puede considerarse una mejora. El camino a seguir viene marcado en mi opinión por una obligación de confidencialidad relativa, que se extienda a aquellas informaciones que por su naturaleza merezcan tal protección (88) , es decir, que la delimitación se produzca en base a criterios objetivos (89) .

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M., «La Responsabilidad Precontractual», *RCDI*, n.º 485, 1971, págs. 859 y ss.

ASÚA GONZALEZ, C. I., *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *RCDI*, n.º 628, 1995, págs. 747-788.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 1996.

DE MAURO, A. y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale*, CEDAM, Padova, 2002.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «De la actividad comercial en régimen de franquicia», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 855 y ss.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *RDCCD*, n.º 10, 2012, págs. 15 y ss.

GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, n.º 2, 2010.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, LA LEY, Madrid, 1994.

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución», *InDret*, n.º 1, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007.

MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones», *ADC*, 1984, págs. 687 y ss.

MANZANARES SECADAS, A., «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, 1985, págs. 971 y ss.

MARTÍ MIRAVALLS, J., «Anulabilidad por ausencia, falta de veracidad o insuficiencia de información precontractual en el contrato de franquicia: sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 septiembre 2004», *RDM*, 2005, págs. 865 y ss.

MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El Contrato Mercantil de Franquicia*, Editorial Comares S.L., Granada, 2007.

MEDINA ALCOZ, M. «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *RDP*, 2005, págs. 79 y ss.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El Contrato Mercantil de Concesión*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Editore Jovene Napoli, Nápoles, 1979.

PERALES VISCASILLAS, P. «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución», en AA.VV., *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010.

RUIZ DE VILLA JUBANY, J., «Comentario al art. 62» en AA.VV., *Ordenación del Comercio Minorista*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 438 y ss.

RUIZ PERIS, J. I., «De la actividad comercial en régimen de franquicia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 489 y ss.

RUIZ PERIS, J. I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000.

RUIZ PERIS, J. I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», *RDM*, 2006, págs. 1355 y ss.

SACRISTÁN BERGIA, F., «Tratos preliminares y contratos de distribución», en AA.VV., *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, págs. 429 y ss.

(1)

En concreto su obra *Culpa in contrahendo oder Schdensersatz bei nichttingen order nicht zur Perfection gelangten Vertrage*, que vio la luz en el año 1861.

[Ver Texto](#)

(2)

En concreto JHERING, partiendo del sustrato formado por el antiguo Derecho Romano, se ocupa de una serie de supuestos en los que se preveía el deber de reparar pese a reconocerse que se trataba de contratos nulos, la venta de *res extra commercium* y la venta de herencia inexistente.

[Ver Texto](#)

(3)

Esto es, como un tercer modo de responsabilidad con características propias que no resultan fácilmente reconducibles a los dos modelos tradicionales de responsabilidad.

[Ver Texto](#)

(4)

El art. 1337 del *Codice Civile* italiano, que lleva por título *Trattative e responsabilità precontrattuale* establece que «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

[Ver Texto](#)**(5)**

La falta de un artículo de estas características es lo que en última instancia produce que la doctrina alemana se decante por la consideración de la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo*. *Vid.* MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *ADC*, 1985, pág. 988.

[Ver Texto](#)**(6)**

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *RCDI*, n.º 628, 1995, pág. 751.

[Ver Texto](#)**(7)**

Vid. MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza (...)», *op. cit.*, págs. 983 y ss. El autor señala el cambio que supone en materia de carga de la prueba el paso de la presunción de culpa del contratante que incumple sus obligaciones que rige en el caso de considerar la responsabilidad como contractual al deber de probar la culpa del demandado que recae sobre el sujeto que sufre el daño en supuestos de responsabilidad extracontractual. Del mismo modo señala las diferentes reglas a que habrá que recurrir para calcular el *quantum* de la indemnización debida y la notable diferencia en cuanto al plazo de prescripción, que será el genérico de quince años que nuestro Código Civil establece para las acciones personales en el primer caso y únicamente de un año en el segundo supuesto, si consideramos que se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual.

[Ver Texto](#)**(8)**

Así, por todos, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 1996, págs. 272 y ss.

[Ver Texto](#)**(9)**

En relación con cuál va a ser este soporte *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho (...) op. cit.*, pág. 271., donde afirma que los tratos preliminares pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutos o borradores. Asimismo, *vid.* ALONSO PÉREZ, M. «La Responsabilidad Precontractual», *RCDI*, n.º 485, 1971, págs. 859-860, para quien el consentimiento en el comercio actual viene precedido de una serie de actuaciones como son las conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones preliminares, que son genéricamente denominados tratos, negociaciones o conversaciones preliminares.

[Ver Texto](#)**(10)**

Señala CABANILLAS SÁNCHEZ que, a la hora de considerar que durante la formación del contrato se entabla una relación obligatoria, el principal obstáculo que encontramos es que «todo el contenido de la misma está, en principio, indeterminado y a reserva de su fijación tras un juicio de bueno fe», lo que en su opinión conlleva que nos estemos moviendo en la órbita de la responsabilidad extracontractual. *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...)", *op. cit.*, pág. 752.

[Ver Texto](#)**(11)**

Vid. ASÚA GONZALEZ, C.I., *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pág. 259, donde afirma que el hecho de que dos sujetos negocien no determina una especie de preefectos, caso de interrupción de conversaciones, o de efectos putativos o póstumos, para el caso, respectivamente, de invalidez por nulidad o anulación.

[Ver Texto](#)

(12)

Sirva como ejemplo la STS de 26 de febrero de 1994, VILLAGÓMEZ RODIL, que en su Fundamento de Derecho Quinto declara que: «La buena fe debe presidir toda la actividad negocial, con mayor necesidad y premura de seguridad, en las relaciones de carácter preliminar, al configurar expectativas de derechos en las partes interesadas. El entronque de la posible responsabilidad precontractual ha de relacionarse necesariamente con la observancia del principio general de buena fe».

[Ver Texto](#)**(13)**

ALONSO PÉREZ, M. «La responsabilidad (...)» *op. cit.*, pág. 904.

[Ver Texto](#)**(14)**

Así, en la Memoria Explicativa de la propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución se reconoce que se viene exigiendo desde diversos sectores una regulación «que ponga coto a la autonomía de la voluntad, proclive a la aparición de situaciones de abuso cuando no hay equilibrio entre los contratantes». Posteriormente, anuncia la intención del texto de aunar en lo posible la autonomía de la voluntad y la tutela de la parte débil de la relación, que por lo general será el distribuidor. En concreto, denuncia que: «La experiencia demuestra que los distribuidores con cierta frecuencia, forman parte del dilatado grupo de las pequeñas y medianas empresas que, a la hora de contratar, están en una posición subordinada respecto a sus proveedores o suministradores. En estos casos, parece necesario que el legislador corrija esta situación de desequilibrio contractual y trate de impedir los comportamientos abusivos de la parte dominante».

En idéntico sentido se pronuncia el proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 en su Exposición de Motivos, al declarar que uno de sus principales objetivos es «instaurar una cultura de colaboración, diálogo y mediación ante los conflictos que disminuya la conflictividad reinante en el sector. Para lograrlo se introduce la posibilidad de recurrir a mecanismos de tutela en caso de desequilibrio de las posiciones de los contratantes o de constatación de conductas desleales, evitando el enquistamiento de los puntos de fricción y promoviendo una mayor estabilidad de las relaciones durante la vigencia del contrato».

[Ver Texto](#)**(15)**

Para un estudio más detallado de la cuestión, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución», *InDret*, n.º 1, 2010, págs. 5 y ss.

[Ver Texto](#)**(16)**

Vid. GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación (...)» *op. cit.*, págs. 20 y ss.

[Ver Texto](#)**(17)**

Así, señala ECHEBARRÍA SÁENZ, en relación con los contratos de franquicia, que el franquiciador necesariamente ha de actuar como coordinador del sistema, fijando por consiguiente las condiciones principales del futuro negocio, y circunscribiendo la negociación a «aspectos relativos a la adecuación del franquiciado a su entorno, como el territorio o área de responsabilidad, cuotas de venta mínima, etc.». *Vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 114.

[Ver Texto](#)**(18)**

Así, el art. 9 del proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 establece que: «Cuando se utilicen en un contrato condiciones generales de la contratación la parte predisponente estará a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación».

[Ver Texto](#)

(19)

«Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisueltas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

[Ver Texto](#)**(20)**

Así, el propio art. 1 LCGC en su apartado segundo se ocupa de la cuestión, estableciendo que, en caso de existir elementos de una cláusula o cláusulas negociadas individualmente, la Ley continuará siendo aplicable al resto del contrato si «*la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*».

[Ver Texto](#)**(21)**

RUIZ PERIS, J. I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pág. 93.

[Ver Texto](#)**(22)**

Art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

[Ver Texto](#)**(23)**

Vid., por todos, MORALEJO MENÉNDEZ, I., El Contrato Mercantil de Concesión, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 180.

[Ver Texto](#)**(24)**

Desde el momento en que JHERING elabora el concepto de *culpa in contrahendo* se pregunta por la extensión que debe presentar la misma, decantándose por la opción del interés contractual negativo. *Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C.I., La culpa (...), op. cit.*, págs. 27 y ss.

[Ver Texto](#)**(25)**

Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C.I., La culpa (...), op. cit., págs. 288 y ss.

[Ver Texto](#)**(26)**

Tradicionalmente, una indemnización se compone del daño emergente, que en nuestro supuesto vendría conformado por los gastos que un sujeto realiza y que resultan inútiles cuando el contrato no llega a formalizarse, y del lucro cesante, que viene constituido por las ventajas económicas que el mismo habría podido obtener de sus recursos de no haberlos dedicado al negocio truncado o de haber contratado con un tercero. *Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 202 y ss.

[Ver Texto](#)**(27)**

Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C.I., La culpa (...), op. cit., págs. 288 y ss.

[Ver Texto](#)**(28)**

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franquicia (...), op. cit.* pág. 296.

[Ver Texto](#)**(29)**

Es necesario aclarar en este punto la diferencia entre el interés positivo y el lucro cesante. Cuando nos referimos al interés positivo hacemos alusión al interés del cumplimiento, es decir, a las ventajas que un sujeto habría recibido en caso de que ese concreto contrato se hubiera desarrollado correctamente; en cambio, cuando hablamos de lucro cesante nos referimos a las ventajas que el sujeto deja obtener por dedicar los recursos a ese concreto negocio, se hace alusión al «incremento patrimonial neto que el dañado habría conseguido mediante el empleo de la prestación incumplida o negociando con ella». *Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos (...), op. cit., pág. 204.*

[Ver Texto](#)**(30)**

Vid. MANZANARES SECADES, A. «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones», ADC, 1984, págs. 746 y ss.

[Ver Texto](#)**(31)**

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., El contrato de franquicia (...), op. cit. pág. 297.

[Ver Texto](#)**(32)**

Así, para DÍEZ-PICAZO, cabe atender a cinco supuestos, que son: Contrato nulo imputable a una parte, acuerdo verbal que debe hacerse por escrito para ser válido, cuando antes de la suscripción una de las partes desiste el contrato, negociaciones iniciadas de mala fe y sin propósito de contratar, incumplimiento de deberes de protección y finalmente ruptura injustificada de las negociaciones. *Vid. DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho (...), op. cit., págs. 276 y ss.*

En opinión de CABANILLAS SÁNCHEZ, cabe distinguir tres grandes grupos de situaciones en función de la suerte que corra el contrato. En primer lugar, aborda la responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra, donde tienen acomodo la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones y la responsabilidad cuando una de las partes se niega a suscribir el documento necesario para la existencia del contrato tras alcanzarse el acuerdo. En segundo lugar, estudia la responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido, donde sitúa la responsabilidad por dolo causal, por error imputable a la otra parte, la que deriva del contrato nulo por recaer sobre una prestación originariamente imposible y del contrato nulo por contravención de prohibición legal y finalmente responsabilidad por representación sin poder o extralimitación del mismo. En tercer lugar, se ocupa de la responsabilidad *precontractual* cuando el contrato es válido, analizando un conjunto de supuestos en los que se causan daños susceptibles de indemnización para finalizar con un cuarto grupo de casos dudosos que no presentan excesiva relación con nuestro estudio. *Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...), op. cit., págs. 761 y ss.*

ALONSO PÉREZ, por su parte, realiza una clasificación acerca de los supuestos concretos en que deberá indemnizarse, que en su opinión pueden tener fundamento en el deber de comunicación e información, en el deber de secreto, en el deber de custodia y conservación, pueden ser daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio, pueden ser debidos a actos de auxiliares o del representante, ser consecuencia de la ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato, de la revocación de la oferta o de una serie de «supuestos varios» con fundamento en la lesión de la confianza., *Vid. ALONSO PÉREZ, M. «La responsabilidad (...)» op. cit., págs. 906 y ss.*

Por último, ECHEBARRÍA SÁENZ, ya limitando el análisis de los supuestos de responsabilidad precontractual al contrato de franquicia, considera que cabe englobar los mismos en tres bloques, a saber: La responsabilidad precontractual por violación del deber de información precontractual, la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones y la responsabilidad por invalidación del contrato debida a defectos precontractuales. *Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A. «De la actividad comercial en régimen de franquicia», en AA.VV., Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 897 y ss.*

[Ver Texto](#)**(33)**

PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Editore Jovene Napoli, Nápoles, 1979, págs. 88-89

[Ver Texto](#)**(34)**

Ésta es la expresión utilizada por el legislador en el art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para exigir que el consentimiento del potencial franquiciado sea un consentimiento suficientemente informado.

[Ver Texto](#)**(35)**

La única excepción en este punto sería la normativa derivada del art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en relación con el contrato de franquicia, si bien su alcance es escaso, limitándose a ofrecer unas bases mínimas que tutelen al potencial distribuidor que decide incorporarse a una red de franquicia, evitando pronunciarse acerca del contenido obligacional del contrato. *Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, I., El Contrato (...) op. cit., pág. 75.*

[Ver Texto](#)**(36)**

Defienden entre otros la confianza como fundamento de la responsabilidad injustificada de las negociaciones entre otros CABANILLAS SÁNCHEZ, quien afirma que la creación de una razonable confianza en que el contrato se va a concluir es el «elemento fundamental» de este supuesto. *Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...)», op. cit., pág. 762.* Asimismo, señala MANZANARES SECADES que a la hora de analizar la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, más que atender a lo justo o injusto que resulte el motivo por el que se produce la ruptura debemos atender de modo principal a la confianza que se ha generado en la contraparte durante el proceso de negociación. *Vid. MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza (...)» op. cit., pág. 692.*

[Ver Texto](#)**(37)**

Señala ALONSO PÉREZ que hay que admitir que las partes puedan desistir de los tratos preliminares ya que los mismos no son vinculantes, y de hecho «infinidad de tratos se interrumpen, no devienen contrato». *Vid. ALONSO PÉREZ, M. «La responsabilidad (...)» op. cit., pág. 912.*

[Ver Texto](#)**(38)**

De no existir esta libertad en la fase inicial de los contratos nos encontraríamos como se ha señalado con que las partes únicamente se decidirían a negociar cuando tuvieran la certeza de que el contrato se concluiría, lo que conllevaría un reduccionismo sustancial del tráfico. *Vid. MEDINA ALCOZ, M., «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», RDP, 2005, pág. 80.*

[Ver Texto](#)**(39)**

Vid. SAP de Madrid n.º 83/2010, de 30 de diciembre, en relación con un contrato de franquicia. En relación con la posible existencia de denuncia unilateral por la parte demandada, se dispone que: «Basá la apelante sus argumentos en la resolución unilateral de la demandada, de donde derivaría la exigencia de daños y perjuicios que concreta en los restantes conceptos que integran los mismos, esto es, el lucro cesante fijado en 446.400 euros, y 122.816 euros, en concepto de gastos originados a la franquiciada. Sin embargo, no pueden aceptarse las alegaciones al respecto. Efectivamente, conviene esta Sala con la sentencia de instancia, que, una vez constatado el cumplimiento de la demandada de sus obligaciones esenciales contractuales, y dando por reproducidos los anteriores fundamentos, nos encontramos ante un claro supuesto de desistimiento del contrato por mutuo disenso de las partes, como queda acreditado de la abundante documentación relativa a las comunicaciones cruzadas entre las partes, aportadas con sus respectivos escritos rectores, pues en la ejecución del contrato comienzan a expresar claramente su disconformidad, en cuanto a esa asistencia técnica o dilaciones en el pago, respectivamente, desembocando en la pérdida de confianza resolutoria del contrato citado».

[Ver Texto](#)

(40)

Art. 7 PALCD:

«1. Ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad si las negociaciones preliminares tendentes a la conclusión de un contrato de distribución no culminan en un acuerdo. Sin embargo, la parte que ha negociado o interrumpido las negociaciones de mala fe, o interrumpiendo las negociaciones por una causa imputable a su conducta será responsable de los daños causados a la otra parte.

2. *En todo caso, se considerará mala fe el hecho de negociar sin intención de llegar a un acuerdo».*

[Ver Texto](#)**(41)**

Estamos haciendo referencia, como no podía ser de otra manera, a los Principios UNIDROIT, a los *Principles of European Contract Law* y al *Draft Common Frame of Reference*, que respectivamente abordan la cuestión en los términos que a continuación se exponen:

Art. 2.1.15 UNIDROIT: *Negociaciones de mala fe*:

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Art. 2:301 PECL: *Negociaciones contrarias a la buena fe*:

(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Artículo II. 3:301 DCFR: *Negociaciones contrarias a la buena fe*.

(1) Una persona es libre de negociar y no es responsable en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) La persona que participa en unas negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato.

(3) La persona que ha negociado o ha roto las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por las pérdidas causadas a la otra parte.

(4) *Es contrario a la buena fe, en particular, que una persona entable o prosiga con unas negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.*

[Ver Texto](#)**(42)**

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «*Cuestiones de formación (...)*» *op. cit.*, págs. 20 y ss.

[Ver Texto](#)**(43)**

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «*Cuestiones de formación (...)*» *op. cit.*, pág. 22.

[Ver Texto](#)**(44)**

Art. 51.3

«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».

[Ver Texto](#)**(45)**

Vid. STS n.º 527/1999, de 14 de junio. La misma recoge expresamente que «(...) en materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada».

[Ver Texto](#)**(46)**

No obstante, como veremos posteriormente, se ha señalado que la clave del supuesto no reside tanto en la declaración relativa a lo justa o injusta que resulte la causa de la ruptura sino en que se determine quién habrá de soportar los daños derivados de la misma. *Vid.* MANZANARES SECADAS, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, pág. 696.

[Ver Texto](#)**(47)**

CABANILLAS SÁNCHEZ considera que, lo contrario, sería afirmar que hay que realizar contratos gravosos. *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...)», *op. cit.*, pág. 764.

[Ver Texto](#)**(48)**

DE MAURO, A. y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale*, CEDAM, Padova, 2002, págs. 128-129.

[Ver Texto](#)**(49)**

Vid. MANZANARES SECADAS, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, pág. 693.

[Ver Texto](#)**(50)**

Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...)», *op. cit.*, pág. 763, MANZANARES SECADAS, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, págs. 747-748.

[Ver Texto](#)**(51)**

Vid. MANZANARES SECADAS, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, pág. 694.

[Ver Texto](#)**(52)**

Vid., en relación con la posibilidad de apartarse de las negociaciones preliminares en un contrato de concesión, la SAP de Madrid n.º 424/2008, de 7 de octubre, que afirma lo siguiente: «De lo que se trata es de la existencia de dos sociedades independientes que inician tratos preliminares para la celebración de un contrato. Ninguna de ellas viene obligada a la celebración del contrato. Y, cualquier de ellas, puede, durante esos tratos preliminares, proponer las cláusulas que convengan a sus intereses y la otra parte aceptarlas o no».

[Ver Texto](#)

(53)

De hecho, se ha puesto de manifiesto que la existencia de una confianza razonable en la parte que sufre la ruptura constituye un prius respecto a la determinación de la posible existencia de un justo motivo para la misma, ya que podemos encontrarnos con supuestos relativos a ruptura injustificada de las negociaciones mediando gastos e inversiones por parte del sujeto que sufre la misma, en los que no surgirá responsabilidad alguna. Esto sucederá en el caso de que los citados desembolsos hayan sido realizados por decisión propia y no en atención a lo acordado o dispuesto por la otra parte, al no poderse considerar que obedecen a la confianza provocada por la misma. *Vid. MANZANARES SECADES, A. «La responsabilidad precontractual (...)»*, *op. cit.*, págs. 698-699.

[Ver Texto](#)**(54)**

Vid. MANZANARES SECADES, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, págs. 696 y ss.

[Ver Texto](#)**(55)**

Señala CABANILLAS SÁNCHEZ que para que la confianza sea susceptible de tutela «debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean, en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada». *Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad (...)»*, *op. cit.*, pág. 763.

[Ver Texto](#)**(56)**

Art. 8. PALCD

«Si en el momento de celebración del contrato resultara imposible cumplir las obligaciones pactadas, la parte que ha generado confianza en la otra sobre su cumplimiento responderá ante ésta por el incumplimiento de aquello a lo que se hubiere obligado».

[Ver Texto](#)**(57)**

MEDINA ALCOZ, M. «La ruptura injustificada (...)» *op. cit.*, pág. 80.

[Ver Texto](#)**(58)**

En relación con el momento en el que los tratos preliminares pasan a constituir un contrato perfecto, *vid. la SAP de Málaga n.º 655/2007, de 10 de diciembre*, que al hilo de un contrato de distribución dispone que «si bien, ciertamente, la fluidez del tráfico mercantil impide el cumplimiento de determinados requisitos formales que harían sumamente dificultosa una actividad consistente en la permanente transacción que supone la adquisición de mercaderías a un proveedor para revenderlas en su establecimiento, no cabe colegir de lo actuado que entre las sociedades mercantiles litigantes se concertara contrato verbal de distribución por consentimiento expreso o tácito, pues siendo indudable e incontrovertida la existencia de conversaciones preliminares entre las mismas, y así buena muestra de ello la documental aportada a las actuaciones, parece de evidencia manifiesta que no llegó a perfeccionarse el negocio (...) quedando en puertas de meras conversaciones o tratos preliminares carentes de eficacia y fuerza vinculante para las partes, sin que sea admisible, en tesis general, reputar a la inactividad expresión o declaración de una voluntad negocial, cabiendo afirmar que el contrato de distribución debatido se encontraba en la primera de sus tres fases, es decir, en la de generación o, lo que es lo mismo, en los tratos preliminares, en el proceso interno de su formación, sin que llegaran a producirse las dos siguientes etapas de perfección y consumación, dada la falta de consentimiento prestado por la voluntad de las partes, por cuanto que este elemento esencial no surge por inspiración simultánea de los contratantes, sino como resultado de una serie de actos que constituyen los llamados preliminares del contrato, sin que la existencia de éstos implique, *per se*, que deba estarse a la existencia de un contrato verbal consumado, pues aquel período preparatorio se inicia, evidentemente, mediante la exteriorización de un acto volitivo del proponente, cual resulta de los documentos aportados con la contestación a la demanda, pero que debe ir seguido de otro acto volitivo, en virtud del cual la persona que recibe la oferta para contratar manifiesta, expresa o tácitamente, que le interesa en principio su contenido económico, lo que no se dio en el caso analizado».

[Ver Texto](#)

(59)

Así, ALONSO PÉREZ señala que será preciso que la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones tenga lugar en etapa avanzada, cuando se han podido crear a la parte legítimas expectativas de que el contrato se perfeccionará; en concreto, precisó el autor, «cuando han tenido lugar desembolsos por confiar fundamentalmente en la honorabilidad ajena». *Vid.* ALONSO PÉREZ, M. «La responsabilidad (...)» *op. cit.*, pág. 912.

[Ver Texto](#)**(60)**

Vid. MANZANARES SECADES, A. «La responsabilidad precontractual (...)», *op. cit.*, pág. 688.

[Ver Texto](#)**(61)**

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, LA LEY, Madrid, 1994, pág. 11.

[Ver Texto](#)**(62)**

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*(...), *op. cit.*, pág. 15.

[Ver Texto](#)**(63)**

Fundamentalmente, nos encontramos con dos posibilidades. Una opción es elaborar una regulación podríamos decir de mínimos, aplicable al conjuntos de contratos de distribución, en la línea tanto del art. 6 PALCD como del art. 6 del proyecto de Ley de 2011, que constituyen ejemplos satisfactorios en lo referente al elenco de informaciones cuya transmisión imponen. Pero no es la única línea posible ni mucho menos. Si como hemos visto la integración se produce de modo máximo en el contrato de franquicia y con ciertas particularidades en el contrato de concesión, cabría considerar la posibilidad, ya señalada por la doctrina, de circunscribir los deberes de información a estos dos contratos. Se trataría de exigir deberes de información precontractual únicamente a las partes de los contratos de franquicia o bien extender los mismos también a los contratos de concesión, aunque parece que en este caso deberían verse los deberes atenuados. Los restantes contratos de distribución comercial quedarían fuera de la órbita del precepto, por resultar menor la asimetría entre las partes y considerarse que el fundamento de la obligación, la tutela de la parte débil del contrato, no resulta justificado en los restantes supuestos o lo está de modo mucho más limitado. A favor de la primera posibilidad se inclina ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *RDCD*, n.º 10, 2012, pág. 32. El autor sostiene que resultaría suficiente un enunciado genérico orientado a permitir que las partes, con un tiempo razonable, tomen una decisión y organicen sus inversiones al que se acompañe una lista ejemplificativa, de carácter abierto, con previsiones concretas que resulten idóneas para la consecución de tales fines.

[Ver Texto](#)**(64)**

Para un estudio detallado de la tramitación del precepto, *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A. «De la actividad comercial (...)», *op. cit.*, págs. 856-857.

[Ver Texto](#)**(65)**

Art.62.3 LOCM.

«Asimismo, con una antelación mínima de veinte 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 la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias».

[Ver Texto](#)**(66)**

Vid. SAP de Asturias n.º 36/2003, de 23 de enero, en el marco de un contrato de franquicia en el que se denuncia la falta de entrega de la información precontractual. «Es cierto que se afirmó que el franquiciador no había facilitado al franquiciado la información precontractual a que se refieren el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista y 3 del Reglamento de 1998, pero ello en sí mismo considerado, de resultar acreditado, no es constitutivo más que de una infracción administrativa. Pero es que, a mayor abundamiento, ni siquiera hay prueba que avale tal aserto. Antes al contrario ya en el contrato de opción, que como el de franquicia, ha sido suscrito y reconocido por la parte demandada, se advierte que se entrega al optante un borrador del contrato de franquicia, declarando éste fehacientemente "que ha obtenido de Deep Asturias suficiente y detallada información y que ha realizado, de forma totalmente independiente, una completa indagación del concepto y perspectivas del negocio familiarizándose con los aspectos y propósitos esenciales de la franquicia PROFUNDIDAD R desarrollada por Deep Asturias, y que es su deseo concertar libremente este Acuerdo de Opción". Si a lo anterior se añade, como razona la recurrida, que los contactos previos al contrato entre las partes se prolongaron casi dos años, durante los cuales el demandado viajó a Gijón, conociendo el Centro aquí ubicado y su forma de funcionamiento, se comprenderá por qué no se puede ahora acoger su pretensión de haber sido engañado o haber incurrido en error».

[Ver Texto](#)**(67)**

En el caso de que no se proporcione información insuficiente, la formación de la voluntad contractual se verá afectada, por el hecho de que ya no se decidirá «con conocimiento de causa». *Vid.* SAP de A Coruña n.º 110/2009, de 6 de marzo, en relación con un contrato de franquicia. La misma afirma que «si el primero (franquiciador) no cumple con esa obligación que la Ley le impone, y el segundo (franquiciado), carente de la información necesaria, otorga sin embargo el contrato, estamos en el terreno de los vicios de la voluntad, el error o, en su caso, el dolo, que llevan consigo la nulidad (anulabilidad) del contrato, conforme a los arts. 1261, 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y concordantes, del Código Civil. La consecuencia de esto será la que disponen el art. 1303 y siguientes, del mismo texto».

[Ver Texto](#)**(68)**

Respecto a la interpretación que debe realizarse del «soporte escrito», *vid.* SAP de León n.º 326/2011, donde se aclara que: «No obstante, como señala la doctrina, la exigencia legal del art. 3 RD 2485/1998 de que la información precontractual conste por escrito deberá interpretarse en términos amplios, adaptándolo a las nuevas realidades, —la introducción de la tecnología en la negociación— y entender que el requisito de escritura se refiere a que la información conste en un soporte duradero y accesible, y así es lo cierto que la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito del deber de transparencia en los contratos de red permite nuevas posibilidades de cumplimiento de la obligación de información precontractual, la primera de ellas sería que el documento de información se encuentre en la página web del cabeza de red».

[Ver Texto](#)**(69)**

Vid. RUIZ PERIS, J. I., *Los Tratos Preliminares (...), op. cit.*, pág. 170.

[Ver Texto](#)**(70)**

Vid. SAP de Madrid n.º 618/2007, de 6 de noviembre; en relación con la posible ocultación de información en un contrato de franquicia. Se establece que: «La información precontractual es la que hubo de darse por escrito a la demandante veinte días antes, al menos, de la firma del contrato; y la demandante, que reconoció al suscribir el contrato de franquicia, que "ha tenido acceso por escrito a la siguiente documentación: datos principales de identificación del franquiciador, descripción de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación (marca, nombre comercial, etc.), experiencia del franquiciador, estructura y extensión de la red, elementos esenciales del acuerdo de franquicia y una copia del contrato", no ha aportado esa información escrita, ni la información dada en la página web de Cañas y Tapas veinte días antes de celebrar el contrato, con el fin de que se pudieran confrontar tales informaciones, de modo que no existe prueba alguna sobre la falsedad y ocultación que proclama. En tercer lugar, del mismo modo que ha obtenido para presentar

con la demanda, el contenido del registro de franquiciadores, pudo obtenerlo antes de la firma del contrato, resultando absurdo alegar dolo en la demandada por falsedad u ocultación de datos cuando éstos eran públicos, o error en el consentimiento por la misma causa, cuando pudo vencerlo utilizando una diligencia media, pues pudo comprobar la extensión de la red a través de la consulta del registro de franquiciadores, cuya inscripción en el mismo por la demandada se hacía constar expresamente en el contrato de franquicia. En cuarto y último lugar, la vulneración de lo establecido en la normativa antes citada, podría dar lugar a sanciones de otra índole (administrativas según las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 7.^a, de 23 de enero de 2003 y Barcelona, Sección 13.^a, de 21 de septiembre de 2004), pero no a la sanción de nulidad contractual civil, pues el error no podía ser invalidante al no recaer sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre las condiciones principales del mismo que hubieren dado motivo a celebrarlo, y la presunta insidia no se refería al núcleo principal del contrato, a la vista de la pretensiones principales del contrato de franquicia antes relacionadas».

[Ver Texto](#)**(71)**

Las consecuencias de esta infracción atendiendo al art. 68 LOCM eran de multa de hasta 500.000 pesetas, que podía ascender hasta los 2.500.000 en caso de reincidencia, con la posibilidad de convertirse en infracción grave de incurrir en el cuarto supuesto sancionable a tenor del art. 67.2.

[Ver Texto](#)**(72)**

También se han actualizado del mismo modo la cuantía de las multas, reguladas en el art. 68 de la LOCM; las infracciones leves se sancionarán con multas de hasta 6.000 euros, mientras las graves oscilarán entre esta cifra y los 30.000 euros.

[Ver Texto](#)**(73)**

Entre otros, ECHEBARRÍA SÁENZ, contrario a que se califique de leve una infracción con más peligrosidad social que la ausencia de registro, que en cambio tiene la consideración de infracción grave. *Vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «De la actividad comercial», *op. cit.*, pág. 893. La misma crítica realiza RUIZ DE VILLA JUBANY, que afirma que es un contrasentido que la sanción impuesta por la infracción del deber de entregar información precontractual sea inferior a la sanción por no registrarse que en su opinión, «no se justifica en la mayor trascendencia civil de la segunda conducta respecto de la primera». *Vid.* RUIZ DE VILLA JUBANY, J., «Comentario al art. 62» en AA.VV., Ordenación del Comercio Minorista, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 453.

[Ver Texto](#)**(74)**

«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

[Ver Texto](#)**(75)**

Vid. SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004. La misma apunta que: «En consecuencia únicamente el engaño en cuanto a alguna de las prestaciones principales del contrato de franquicia (p. ej. que el franquiciador no fuera el titular de la marca cuyo uso cede al franquiciado; o que careciera de un "saber hacer" propio u original), podría dar lugar a la nulidad del contrato por vicios del consentimiento. Por el contrario, no puede entenderse que posea la relevancia suficiente para provocar la nulidad del contrato, el incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales, como es la información sobre previsión de inversiones y gastos en un negocio tipo, y las previsiones sobre cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, atendido que en cualquier caso no puede entenderse que hubo en este supuesto un compromiso contractual asumido por el franquiciador de alcanzar una cifra de beneficios determinada, obligación que no aparece como tal descrita en el contrato, siendo así que lo que vincula a las partes, y lo que debe ser tenido en cuenta para declarar en su caso la nulidad del contrato, son los pactos, cláusulas o condiciones contenidas en el contrato, y no en las negociaciones preliminares, de conformidad con las normas de los arts. 1254, 1255, y 1258 del Código Civil».

[Ver Texto](#)

(76)

Así, entre otros, *vid.* RUIZ PERIS, J. I., «De la actividad comercial en régimen de franquicia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 509-510, MARTÍ MIRAVALLS, J., «Anulabilidad por ausencia, falta de veracidad o insuficiencia de información precontractual en el contrato de franquicia: sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 septiembre 2004», *RDM*, 2005, págs. 871 y ss., RUIZ PERIS, J. I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», *RDM*, 2006, págs. 1395 y ss.

[Ver Texto](#)**(77)**

Vid. art. 6 de la Ley Modelo Unidroit. Este art. 6, relativo a la información que debe ser divulgada, contiene básicamente dos bloques de informaciones. El primero, contenido en el apartado 6.1, viene constituido por aquellas informaciones que debe contener el documento o folleto informativo por no incluirse generalmente en los contratos de franquicia. El segundo, que se corresponde del mismo modo con el apartado 6.2, lo conforman una serie de informaciones que deberían formar parte del documento pero que suelen figurar en los contratos de franquicia, por lo que, de quedar suficientemente definidas en el mismo, su inclusión en el documento informativo no resulta necesaria. Asimismo, se establece una previsión para los contratos de máster franquicia, a mi modo de ver muy acertada, relativa a la obligatoriedad de la transmisión por parte del subfranquiciador, junto a las informaciones relativas a sí mismo, una serie de datos relativos al franquiciador principal.

[Ver Texto](#)**(78)**

Vid. RUIZ PERIS, J. I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen (...)» *op. cit.*, págs. 1393 y ss. Los autores señalan la conveniencia de que se hubiera recogido expresamente en nuestro ordenamiento la anulabilidad del contrato establecida en la Ley Modelo, así como numerosas informaciones previstas en el art. 6 de la misma, constituyendo en este sentido la reforma operada por el RD 419/2006 «una oportunidad perdida».

[Ver Texto](#)**(79)**

Vid., a este respecto, RUIZ PERIS, J. I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma (...)» *op. cit.*, pág. 1.357.

[Ver Texto](#)**(80)**

Así, mientras que el proveedor querrá obtener información de los potenciales distribuidores para poder realizar una adecuada selección, el distribuidor utilizará la información para hacerse una representación lo más real posible de las características y situación de la red del proveedor, para así decidir si le interesa o no ingresar en la misma. *Vid.* GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación (...)» *op. cit.*, pág. 15.

[Ver Texto](#)**(81)**

Vid. PERALES VISCASILLAS, P., «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución», en AA.VV., *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, pág. 321.

[Ver Texto](#)**(82)**

Así, el art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el RD 2485/1998 que lo desarrolla establecían una antelación mínima de veinte días antes de la firma de cualquier contrato o de la entrega de cualquier cantidad para la entrega de la información en el contrato de franquicia. Posteriormente, la propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución extendía, sin un motivo apparente, el plazo a un mes para todos los contratos de distribución comercial; esta extensión automática no tuvo una gran acogida entre la doctrina, señalándose que en cualquier caso el término de un mes resulta sin duda excesivo. *Vid.* SACRISTÁN BERGIA, F., «Tratos preliminares y contratos de distribución», en AA.VV., *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010. Págs. 448 y ss.

[Ver Texto](#)**(83)**

Vid. SACRISTÁN BERGIA, F., «Tratos preliminares (...)» *op. cit.*, págs. 449-450. El autor pone de manifiesto que la falta de experiencia no suele ser una característica en los restantes contratos de distribución, donde las partes frecuentemente llevan a cabo al menos parte de la negociación oralmente, siendo en buena medida superflua la información exigida por el alto grado de especialización que poseen.

[Ver Texto](#)**(84)**

MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 88.

[Ver Texto](#)**(85)**

RUIZ PERIS, J. I., *Los Tratos Preliminares (...), op. cit.*, pág. 214.

[Ver Texto](#)**(86)**

Vid. art. 2.1.16 UNIDROIT, art. 2:302 PECL y art. II.3:302 DCFR.

[Ver Texto](#)**(87)**

Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, n.º 2, 2010, pág. 32.

[Ver Texto](#)**(88)**

Vid., al respecto, la SAP de Zaragoza n.º 316/2010, de 17 de mayo. Respecto a la posible confidencialidad de la técnica para realizar masajes orientales que se ha transmitido, el Tribunal se pronuncia como sigue: «En el supuesto concreto sometido a enjuiciamiento, no se ha utilizado fraudulentamente ninguna información confidencial, como técnicas, instalaciones o medios para poner en marcha una nueva iniciativa empresarial, servil copia de la de la actora. No concurre por tanto aquel primer requisito que se exige sobre que la información sea secreta en ese sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible, sino que se trata de unos masajes aplicados tanto por la franquiciadora como por otras muchas entidades que se dedican a ese mismo objeto, que tienen lugar en un ambiente seudo oriental en que suelen desarrollarse todas esas prácticas, ni tampoco concurre por ello el tercer requisito dicho, aquel referente a la adopción de las medidas razonables para mantener la información en secreto, pues, en suma, como se viene manteniendo, se trata de unas técnicas que pueden considerarse de general conocimiento en los ámbitos propios en que normalmente se desarrollan».

[Ver Texto](#)**(89)**

Resulta de interés asimismo el concepto de información confidencial apuntado por el artículo II.3:302 (2) del *Draft Common Frame of Reference*, que considera información confidencial «*la información que, ya sea por su naturaleza o por las circunstancias en que se haya obtenido, la parte que la recibe sabe, o razonablemente podía saber, que esta información era confidencial*».

[Ver Texto](#)