

Doble Grado de Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Título: Caso DIA: Franquiadora y Franquiados. Estudio económico de los ejercicios 2013 a 2018 y Estudio jurídico del contrato de franquicia y el deber de información precontractual.

Autoría: Alba Rius Barrufet

Tutoría: Dr. Rafael Guasch y Dr. Jordi Martí

Departamento: Derecho Mercantil y Contabilidad

Curso académico: 2019 - 2020

:



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat d'Economia
i Empresa

RESUMEN

El análisis patrimonial, económico y financiero de la situación actual de DIA S.A. resulta imprescindible a raíz de la debacle financiera del ejercicio 2018. A la hora de realizar dicho análisis es importante tener en cuenta que la quiebra técnica ha impactado a todos aquellos dentro del radio de acción de DIA. Además, dado que la empresa se caracteriza por un modelo dual de franquicia y tienda propia, sus franquiciados se han visto especialmente afectados. Para realizar una aproximación al concepto jurídico de contrato de franquicia es imprescindible acudir a la jurisprudencia y a la doctrina pues el contrato de franquicia es atípico -no está regulado en la ley-. Sin embargo, el ordenamiento jurídico sí hace una mención expresa -aunque somera- a un único deber, el de información precontractual, una medida tuitiva para los franquiciados y de gran importancia para su protección.

Palabras clave: DIA, S.A.; distribución alimentaria; franquicia; contrato de franquicia; contrato atípico; principio de la buena fe; deber de información precontractual; vicio del consentimiento.

ABSTRACT

The economic and financial analysis of DIA S.A.'s current situation becomes unavoidable due to the financial downfall of the 2018 fiscal year. When elaborating such analysis, it is important to take into consideration the technical bankruptcy that has impacted everyone in its operating range. Moreover, as the company it is characterized by its franchise and own store dual model, its franchisees have seen themselves specially damaged. To draw a first approach to the legal concept of franchise contract it is vital to turn to the jurisprudence and doctrinal works, as the franchise contract is atypical -it has no legal regulation-. Nevertheless, the legal system does make an explicit mention -although brief- to one single duty, the obligation to disclose, a protective measure for the franchisees and of great importance for their protection.

Keywords: DIA, S.A.; food retail; franchise; franchise contract; atypical contract; principle of good faith; obligation to disclose; invalid consent.

ABREVIACIONES

AAIM	Amortización Acumulada del Inmovilizado Material
AEF	Asociación Española de Franquiciadores
Amortiz.	Amortización
AC	Activo Corriente
AnC	Activo no Corriente
AT	Activo Total
Bº	Beneficio
BAII	Beneficio Antes de Impuestos e Intereses
BDI	Beneficio Después de Impuestos
C/p	Corto plazo
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
FD	Fundamento de Derecho
I+D	Investigación y Desarrollo
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
OPA	Oferta Pública de Adquisición
PC	Pasivo Corriente
PCM	Propuesta de Código Mercantil
PLCD	Proyecto de Ley de Contratos de Distribución
PnC	Pasivo no Corriente
PN	Patrimonio Neto
RD	Real Decreto
Rtdo.	Resultado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CONTEXTO DE DIA, S.A.	2
2. ANÁLISIS DE LOS ESTADOS CONTABLES	4
2.1. BALANCE DE SITUACIÓN	4
2.2. CUENTA DE RESULTADOS	11
3. ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO	15
3.1. ANÁLISIS FINANCIERO	15
3.2. ANÁLISIS ECONÓMICO	18
4. MODELO DE FRANQUICIA DE DIA	20
5. EL CONTRATO DE FRANQUICIA	22
5.1. CONCEPTO JURÍDICO	22
5.2. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA	24
6. EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	27
7. DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	29
7.1. CONFIGURACIÓN LEGAL	29
7.2. CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.....	30
7.2.1. <i>Finalidad</i>	30
7.2.2. <i>Calidad de la información</i>	32
7.2.3. <i>Plazo</i>	33
7.3. VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	33
7.3.1. <i>El error invalidante: Requisitos jurisprudenciales</i>	34
7.3.2. <i>El dolo</i>	37
7.4. SUPUESTO DE CONFLICTO REAL ENTRE DIA Y UNA EX-FRANQUICIADA	39
8. ¿SE DEBERÍA REGULAR EL CONTRATO DE FRANQUICIA?	42
CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
BIBLIOGRAFÍA	46
LEGISLACIÓN.....	48
JURISPRUDENCIA	49
ANEXOS	51
I. COMPARACIÓN ECONÓMICA-FINANCIERA DE MERCADONA, EROSKI, DIA Y CARREFOUR	51

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Representación patrimonial gráfica 2013-2018 (miles de €).....	4
Ilustración 2: Representación patrimonial gráfica 2013-2018 (%)..	5
Ilustración 3: Indicadores operativos (2013-2018)	11
Ilustración 4: Evolución número de tiendas propias y franquicias (2009-2018)	21
Ilustración 5: Litigios entre franquicias y franquiciados (2010-2018)	44

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Balance de situación (2013-2015)	7
Tabla 2: Balance de situación (2016-2018)	8
Tabla 3: Cuenta de resultados (2013-2015)	13
Tabla 4: Cuenta de resultados (2016-2018)	13
Tabla 5: Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (I) (2013-2018)	15
Tabla 6: Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (II) (2013-2018)	16
Tabla 7: Indicadores de gestión de activos (2013-2018)	17
Tabla 8: Indicadores de rentabilidad, autofinanciación y operativos (2013-2018)	18

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que 2018 no ha sido el mejor año para el tercer operador de la distribución alimentaria en España: DIA, S.A. El sinfín de apariciones tanto en la prensa especializada como en la generalista son buena muestra de ello: pérdidas desmesuradas, riesgo de quiebra, acusaciones de falsedad en las cuentas, cambios en la cúpula directiva, una OPA del fondo LetterOne, cambios en su accionariado, avalancha de demandas de los franquiciados, etc. No es de extrañar que durante los últimos años DIA no haya dejado de perder cuota de mercado en beneficio de sus competidores y, especialmente, Mercadona.

La agitación mediática suele verse reflejada en la financiera y repercutir a todos aquellos que están en su radio de impacto. Así pues, el primer objetivo del presente trabajo es comprender cuál es la situación patrimonial, económica y financiera de la distribuidora, así como su evolución desde el ejercicio 2013 hasta las últimas cuentas auditas en 2018. Para ello, será necesario acudir a las fuentes primarias, es decir, las correspondientes memorias anuales publicadas por DIA, para extraer, reordenar, analizar e interpretar la información contable -principalmente los balances de situación, las cuentas de resultados y los correspondientes ratios-. Hay que indagar, además, en las memorias de DIA para comprender sus cambios en la dirección y accionariado, en su estrategia, en sus líneas de negocio e incluso desgranar qué incluye exactamente cada partida contable.

DIA es una de las pocas -por no decir la única- grandes distribuidoras alimentarias con un elevado número de franquicias, llegando a superar el 50% de sus establecimientos. De ahí que, el segundo objetivo sea analizar el contrato de franquicia desde la perspectiva jurídica. El estudio que exigiría cada uno de los elementos del contrato de franquicia y sus problemáticas en el tráfico jurídico excede el propósito del presente trabajo. Se ha considerado preferible, por lo tanto, realizar una aproximación al concepto jurídico de franquicia -con sus caracteres y elementos esenciales- y seleccionar el deber -básico- de información precontractual como expresión del principio de la buena fe y manifestación de una medida tuitiva respecto al franquiciado, analizando su infracción por error invalidante y por dolo. Para ello, se emplea una aproximación predominantemente teórica: se parte de las someras referencias legislativas del art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y del Real Decreto 201/2020 para seguidamente acudir ineludiblemente a la jurisprudencia y a diversos artículos doctrinales especializados.

Siendo un contrato esencialmente atípico -huérfano de regulación-, el presente trabajo finaliza exponiendo y contextualizando los intentos -de momento frustrados- para facilitar que los operadores económicos pudieran contar con una regulación propia del contrato de franquicia y así reducir la gran litigiosidad existente.

1. CONTEXTO DE DIA, S.A.

La Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA de aquí en adelante) abrió su primera tienda en 1979 en Madrid con el formato descuento, hasta ese momento desconocido en España, y posicionándose como una cadena de supermercados *low cost* que prestaba especial atención a la minimización de los costes. Así pues, siguió una estrategia de precios bajos y con descuentos en sus productos, que se vendían en establecimientos austeros con mobiliario sencillo y decoración mínima. Con este formato consiguió un gran éxito así que se lanzó a crecer de forma alocada gracias a las facilidades del modelo de negocio de la franquicia que inauguró en 1989. De esta forma, en 1993 inició sus andaduras internacionales con la apertura de tiendas en Portugal que operaban bajo la insignia Minipreço, a las que le siguieron las aperturas en Francia, Grecia, Argentina y Turquía.

Un hito importante en la historia de DIA fue la **integración** en 1999 – 2000 con el **Grupo Carrefour**, primer grupo de distribución alimentaria en Europa y segundo en todo el mundo, que le dio fuerzas para seguir con su expansión internacional en Brasil y posteriormente en China. Sin lugar a duda, desde 1995 hasta 2004 fueron sus años dorados con un crecimiento anual de la facturación de dos cifras porcentuales.

No fue hasta 2006 que DIA empezó a abrir diferentes formatos de tienda, en esta ocasión DIA Market y DIA Maxi, marcando el inicio de la creación de un **sinfín de formatos diferentes de tiendas**.¹ Durante sus andaduras, DIA ha ido creando hasta 9 enseñas diferentes, entre los que se encuentran La Plaza de DIA, Cada DIA, MAX Descuento o Shop DIA en gasolineras, además de los formatos mencionados previamente y la enseña portuguesa. Además, no solo ha ido trabajando con proveedores nacionales sino también creando diversas **marcas propias**. No cabe duda alguna que es una empresa de distribución alimentaria **multimarca y multiformato**, denotando una falta de estrategia clara y provocando una gran confusión entre los consumidores.

En 2011 se produjeron dos grandes cambios. En primer lugar, DIA fue **escindida del Grupo Carrefour**² y además salió a cotizar en la **Bolsa de Madrid**. Después de sus años dorados y tras una avalancha de denuncias en unos casos y falta de resultados financieros positivos en otros, la distribuidora alimentaria fue reduciendo sus operaciones en diversas zonas geográficas vendiendo entre 2010 y 2014 las filiales de Grecia, Francia y Turquía para ya en agosto de 2018 concluir también la venta del negocio en China.

Como se verá más adelante, ni el balance de situación ni la cuenta de resultados de DIA en 2017 eran especialmente buenos pero lo peor estaba por llegar. Después de detectarse varias

¹ DIA S.A. [Recurso electrónico]: *Historia*.

² DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 21.

irregularidades y errores en la información financiera de la distribuidora alimentaria, en 2018 tuvo que producirse la **re-expresión de las cuentas de 2017** con cambios tan marcados como pasar de 326 a 257 millones de patrimonio neto o de 2.225 a 2.420 millones de pasivo corriente. Tal operación resultó en la friolera cifra de **69 millones menos de patrimonio neto y 195 millones más de deuda a corto plazo**.³ Fue también en el mismo 2018 que la cuenta de resultados tocó fondo con unas pérdidas de 352 millones que se tradujeron posteriormente en un **patrimonio neto negativo**.

La debacle de DIA en 2018, explicada con mayor detalle posteriormente, tuvo un gran impacto en diversas esferas de la empresa y el Consejo de Administración no fue una excepción. Ricardo Currás, quien fuera CEO (consejero delegado) durante más de diez años, en agosto de 2018 fue cesado de su cargo y actualmente está siendo investigado por **presuntos delitos de administración desleal y falsedad contable**. Antonio del Coto ocupó su posición, aunque no por mucho tiempo, ya que rápidamente fue cesado y sustituido por Borja de la Cierva.⁴ Fue también en diciembre de 2018 cuando DIA tocó fondo en la Bolsa de Madrid y **salió del Ibex 35**.

En mayo de 2019 el fondo de inversión **LetterOne** liderado por el ciudadano ruso Mijhail Fridman, quien tiene no una sino dos causas abiertas en la Audiencia Nacional⁵, se convierte en **accionista mayoritario**, consiguiendo el control de DIA tras prosperar su OPA.⁶ En ese momento se producen muchísimos cambios en muy poco tiempo: la refinanciación de la deuda de 895 millones de euros, una ampliación de capital de 605 millones, cambios en el Consejo de Administración y en la Junta Directiva, la redefinición de la estrategia del grupo e incluso la puesta en marcha de un nuevo plan de negocio.

Así pues, apenas cinco meses después de haber sido nombrado CEO, Borja de la Cierva dimitió y LetterOne, que poseía el control efectivo de DIA, nombró a Karl-Heinz Holland como nuevo consejero delegado. En menos de **1 año y medio, DIA tuvo 4 CEOs diferentes**. Por si no fuera suficiente, el 21 de mayo de 2020 la presidencia de DIA cambiará otra vez y será Stephan DuCharme, actual presidente no ejecutivo del consejo de administración y hombre de mayor confianza de Fridman, quien ocupará dicha posición.⁷

³ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 6 y 7.

⁴ Ídem, p. 92-96.

⁵ A día 17 de mayo de 2020, Mijhail Fridman tiene dos causas abiertas en la Audiencia Nacional. La primera por su presunta actuación en la asfixia económica a la tecnológica española Zed WorldWide para provocar su quiebra y poder comprarla a un precio muy por debajo del precio de mercado estimado. La segunda, en relación con el desplome de las acciones de DIA y posterior OPA. Se le investiga por haber creado, presuntamente, situaciones de bloqueo y tensión en el Consejo de Administración que habría resultado en el desplome de los precios de cotización de las acciones en el IBEX 35.

⁶ Una Oferta Pública de Adquisición (OPA) es una operación del mercado de valores por la que una empresa o entidad hace una oferta para comprar todas o parte de las acciones de una empresa que cotiza en bolsa a un precio determinado.

⁷ AGUILAR, J. [Recurso electrónico]: *DIA elige a Stephan Ducharme como presidente ejecutivo para sustituir a Karl-Heinz Holland*. ABC, 14 de abril de 2020.

2. ANÁLISIS DE LOS ESTADOS CONTABLES

2.1. Balance de situación

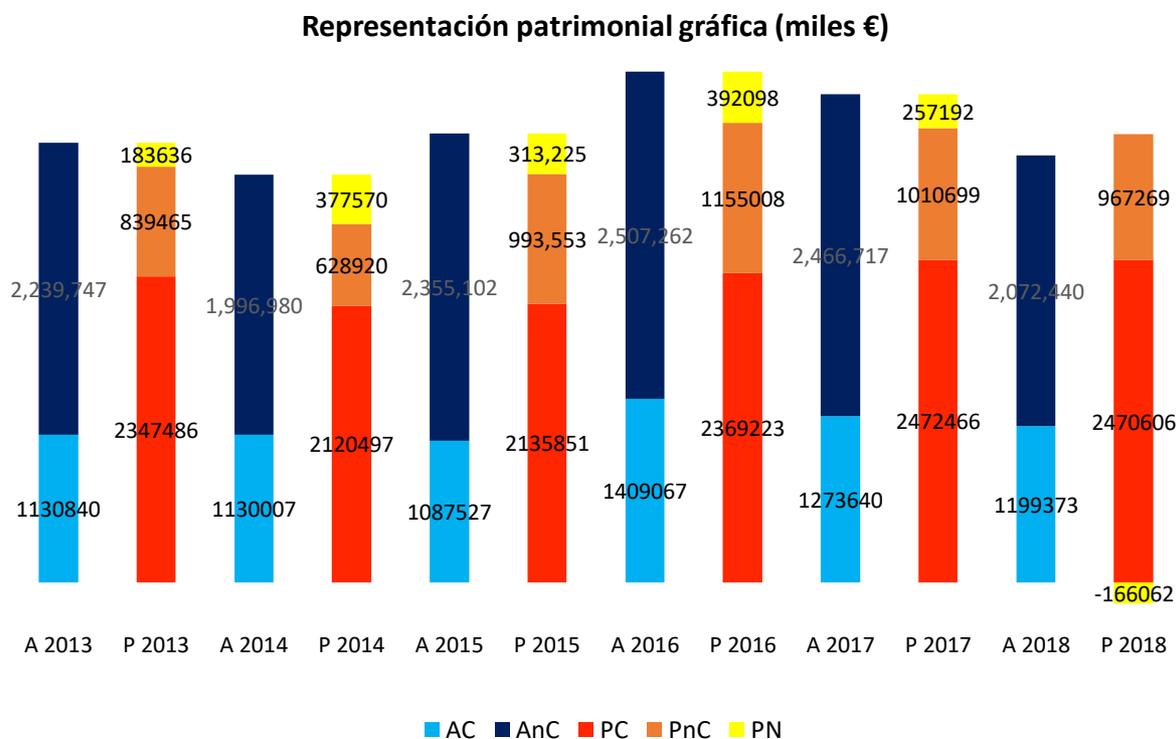


Ilustración 1: Representación patrimonial gráfica 2013-2018 (miles de €). Elaboración propia.

La simple imagen de la representación gráfica de las principales masas patrimoniales de los balances de situación de 2013 a 2018 dejan vislumbrar claramente la situación de **agonía** en la que se encuentra DIA actualmente. No estamos delante de un crecimiento constante sino de un balance con altibajos muy fuertes y cambios de dirección bruscos entre inversión y desinversión de año a año: decreció un año la inversión y creció los próximos dos para volver a decrecer los dos años siguientes. No se ve ni una dirección clara ni una racionalidad en la inversión.

Durante todo el periodo analizado, DIA ha ido trabajando con unos recursos propios muy ajustados de entre 183 y 392 millones de euros. La **escasez de recursos propios era abrumadora** hasta llegar en 2018 a una situación sin precedentes con un **patrimonio neto negativo** de 166 millones de euros. Las pérdidas acumuladas de la cuenta de resultados y la compra de acciones propias -con la consecuente reducción de las aportaciones de capital de los accionistas- son mayores que el resto de las partidas del patrimonio neto. Dicho de otra forma, las pérdidas han erosionado las aportaciones de capital y las reservas y la empresa se encuentra en una situación de quiebra técnica.

Otro de los rasgos más característicos de la situación patrimonial de DIA es la presencia de un **fondo de maniobra negativo** de grandes magnitudes y que se ha convertido en una situación crónica. Tal es la situación, que ni tan siquiera el doble de activo corriente -aquel que se puede convertir en líquido más fácilmente- conseguiría financiar el pasivo corriente en caso de necesidad. Sin lugar a duda, dicha situación hacía saltar todas las alarmas en cuanto a la capacidad para pagar las deudas y a la supervivencia de la empresa se refiere.

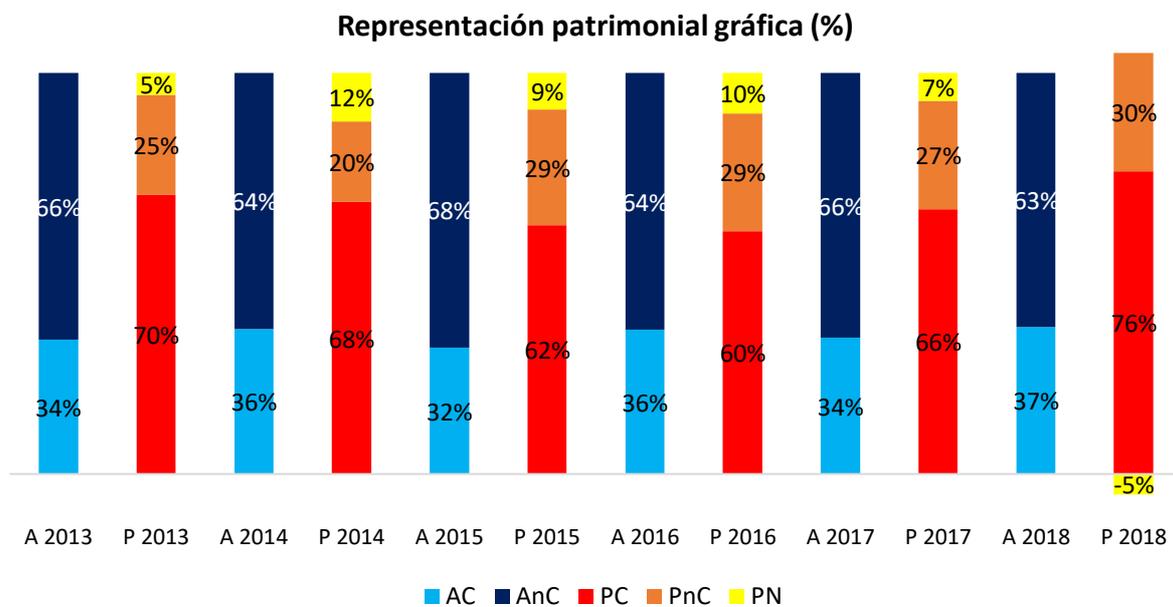


Ilustración 2: Representación patrimonial gráfica 2013-2018 (%). Elaboración propia.

Durante el cuatrienio 2013 – 2016, DIA consiguió ir **dominando poco a poco la deuda a corto plazo** y reducir un 10% su peso en la financiación de la empresa hasta llegar al 60% de pasivo corriente. Al mismo tiempo, también empezó a **capitalizar mínimamente** la empresa duplicando su patrimonio neto. Pero esto suponía únicamente un incremento del 5% al 10% respecto la deuda que seguía aglutinando el 90% de la financiación del activo. Aún con la mejora experimentada, DIA se encontraba en una situación de **elevadísima dependencia financiera** en la que cualquier mínimo problema en la cuenta de resultados podía tener consecuencias devastadoras. Así pues, 2017 fue el año en que volvió a retroceder de los tímidos progresos realizados previamente, anticipando el desastre financiero de 2018 donde no sólo se redujeron los escasos recursos propios de la empresa, sino que apareció con un **patrimonio neto negativo del 5%** y una **deuda a corto plazo del 76%** que ahogaba la empresa y la colocaba todavía más contra las cuerdas.

Por otra parte, un 30% de pasivo no corriente no parece una situación que requiera mayor atención; no es el caso de DIA. La deuda a largo plazo nos está indicando la necesidad de recursos permanentes que tiene la empresa que, al no poder obtenerlos de su patrimonio,

debe recurrir a la deuda financiera. La **deuda a largo plazo está compensando la falta de recursos propios** con el riesgo y el coste en gastos financieros que tal práctica conlleva.

A fin de tener una mayor perspectiva, es interesante señalar que en 2018 la financiación de **Mercadona**, un referente en el sector de la distribución alimentaria estaba configurado de la siguiente forma: **61% de recursos propios**, 1% de deuda a largo plazo y 38% de deuda a corto plazo. Además, no tenía **ni un solo euro de deuda financiera**. Nada más alejado de la imagen patrimonial de DIA en el mismo año.

Balance RESUMIDO, en MILES de €	DIA					
	31/12/13		31/12/14		31/12/15	
	Miles €	%	Miles €	%	Miles €	%
ACTIVO NO CORRIENTE	2.239.747	66,4%	1.996.980	63,9%	2.355.102	68,4%
Activos intangibles	45.613	1,4%	32.567	1,0%	34.763	1,0%
Fondo de comercio o Goodwill	454.388	13,5%	464.642	14,9%	558.063	16,2%
Inmovilizado material	1.601.651	47,5%	1.270.356	40,6%	1.372.010	39,9%
Inversiones en empresas del grupo	787	0,0%	0	0,0%	92	0,0%
Inversiones financieras a largo plazo	79.641	2,4%	81.525	2,6%	67.403	2,0%
Activos por impuestos diferidos	57.667	1,7%	147.890	4,7%	271.480	7,9%
Otros activos no corrientes	0	0,0%	0	0,0%	51.291	1,5%
ACTIVO CORRIENTE	1.130.840	33,6%	1.130.007	36,1%	1.087.527	31,6%
Existencias	544.867	16,2%	553.119	17,7%	562.489	16,3%
Deudores + Activos por impuestos	287.312	8,5%	351.532	11,2%	340.330	9,9%
Inversiones financieras a c/p	16.412	0,5%	18.506	0,6%	22.266	0,6%
Efectivos y otros líquidos	262.037	7,8%	199.004	6,4%	154.627	4,5%
Otros	20.212	0,6%	7.846	0,3%	7.815	0,2%
Otros activos corrientes --> Pagos anticipados	14.112	0,4%	7.836	0,2%	7.815	0,2%
AnC mantenidos para la venta	6.100	0,2%	10	0,0%	0	0,0%
TOTAL ACTIVO (total inversión)	3.370.587	100%	3.126.987	100%	3.442.629	100%
PATRIMONIO NETO	183.636	5,4%	377.570	12,1%	313.225	9,1%
Capital social	65.107	1,9%	65.107	2,1%	62.246	1,8%
Reservas	618.157	18,3%	618.157	19,8%	87.323	2,5%
Acciones propias	-659.648	-19,6%	-553.059	-16,4%	-53.561	-1,6%
Resultados ejercicio	209.259	6,2%	329.229	9,8%	299.221	8,7%
Otros	-49.239	-1,5%	-81.864	-2,4%	-82.004	-2,4%
PASIVO NO CORRIENTE	839.465	24,9%	628.920	20,1%	993.553	28,9%
Deuda financiera l/p	700.672	20,8%	532.532	15,8%	920.951	26,8%
Provisiones	72.570	2,2%	86.100	2,6%	51.503	1,5%

Otros pasivos financieros	8.245	0,2%	7.539	0,2%	17.906	0,5%
Pasivos por impuestos diferidos	57.978	1,7%	2.749	0,1%	3.193	0,1%
PASIVO CORRIENTE	2.347.486	69,6%	2.120.497	67,8%	2.135.851	62,0%
Deuda financiera c/p	212.328	6,3%	199.912	6,4%	374.279	10,9%
Proveedores	1.608.156	47,7%	1.551.267	49,6%	1.376.937	40,0%
Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar	178.728	5,3%	141.846	4,5%	141.906	4,1%
Pasivos	348.274	10,3%	227.472	7,3%	242.729	7,1%
TOTAL PASIVO (PN + Exigible)	3.370.587	100%	3.126.987	100%	3.442.629	100%

Tabla 1: Balance de situación (2013-2015). Elaboración propia.

Balance RESUMIDO, en MILES de €	DIA					
	31/12/16		31/12/17		31/12/18	
	Miles €	%	Miles €	%	Miles €	%
ACTIVO NO CORRIENTE	2.507.262	64%	2.466.717	65,9%	2.072.440	63,3%
Activos intangibles	37.505	1%	43.492	1,2%	47.297	1,4%
<i>Fondo de comercio o Goodwill</i>	557.818	14,2%	553.129	14,8%	492.765	15,1%
Inmovilizado material	1.469.078	37,5%	1.410.739	37,7%	1.268.600	38,8%
Inversiones en empresas del grupo	185	0%	380	0%	9.182	0,3%
Inversiones financieras a largo plazo	59.058	1,5%	80.296	2,1%	74.056	2,3%
Activos por impuestos diferidos	314.273	8%	272.349	7,3%	73.346	2,2%
Otros activos no corrientes	69.345	1,8%	106.332	2,8%	107.194	3,3%
ACTIVO CORRIENTE	1.409.067	36%	1.273.640	34,1%	1.199.373	36,7%
Existencias	669.592	17,1%	609.004	16,3%	531.664	16,2%
Deudores + Activos por impuestos	340.781	8,7%	260.163	7%	240.451	7,3%
Inversiones financieras a c/p	25.954	0,7%	10.966	0,3%	11.322	0,3%
Efectivos y otros líquidos	364.600	9,3%	346.516	9,3%	239.843	7,3%
Otros	8.140	0,2%	46.991	1,3%	176.093	5,4%
Otros activos corrientes --> Pagos anticipados	8.140	0,2%	7.387	0,2%	7.355	0,2%
AnC mantenidos para la venta	0	0%	39.604	1,1%	168.738	5,2%
TOTAL ACTIVO (total inversión)	3.916.329	100%	3.740.357	100%	3.271.813	100%
PATRIMONIO NETO	392.098	10%	257.192	6,9%	-166.062	-5,1%
Capital social	62.246	1,6%	62.246	1,7%	62.246	1,9%
Reservas	261.108	6,7%	244.256	6,5%	246.701	7,5%
Acciones propias	-66.571	-1,7%	-60.359	-1,6%	-55.861	-1,7%
Resultados ejercicio	174.043	4,4%	101.208	2,7%	-352.587	-10,8%
Otros	-38.728	-1%	-90.159	-2,4%	-66.561	-2%
PASIVO NO CORRIENTE	1.155.008	29,5%	1.010.699	27%	967.269	29,6%
Deuda financiera l/p	1.062.273	27,1%	961.945	25,7%	919.070	28,1%

Provisiones	45.841	1,2%	44.057	1,2%	45.908	1,4%
Otros pasivos financieros	2.785	0,1%	2.491	0,1%	2.291	0,1%
Pasivos por impuestos diferidos	44.109	1,1%	2.206	0,1%	0	0%
PASIVO CORRIENTE	2.369.223	60,5%	2.472.466	66,1%	2.470.606	75,5%
Deuda financiera c/p	180.734	4,6%	330.013	8,8%	772.354	23,6%
Proveedores	1.754.389	44,8%	1.642.301	43,9%	1.286.309	39,3%
Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar	198.459	5,1%	142.885	3,8%	156.187	4,8%
Pasivos	235.641	6%	357.267	9,6%	255.756	7,8%
TOTAL PASIVO (PN + Exigible)	3.916.329	100%	3.740.357	100%	3.271.813	100%

Tabla 2: Balance de situación (2016-2018). Elaboración propia.

En cuanto al activo del balance, cabe realizar algunas consideraciones. En primer lugar, si no tenemos en cuenta el *goodwill* (fondo de comercio), se puede apreciar que el activo intangible es prácticamente inexistente, evidenciando la **falta de inversión en I+D** que posteriormente pueda reflejarse en aplicaciones informáticas, conocimiento de metodologías de trabajo, etc.

La importancia del **fondo de comercio** en el balance de situación es evidente, con un peso del 15% del total del activo y compuesto principalmente por 3 partidas: Plus Supermercados S.A. con 160 millones, Grupo El Árbol S.A. con 154 millones y 148 tiendas adquiridas del Grupo Eroski con una contribución en el fondo de comercio de casi 87 millones de euros. Sin embargo, en 2018 el fondo de comercio se redujo a raíz de una devaluación de los activos de Clarel de más de 60 millones de euros.⁸ Hasta 2017, había una cuarta partida importante de 48,5 millones de euros provenientes de la adquisición de Schlecker S.A. en 2013 -operando bajo la marca de Clarel- que fue reclasificado a activo no corriente mantenido para la venta y cuya venta se ejecutó posteriormente.⁹

Por otra parte, el inmovilizado material está configurado básicamente por construcciones, instalaciones técnicas y maquinaria, siendo coherente con el objeto de su negocio. DIA apenas tenía inversiones financieras, indicando que todos sus recursos están destinados a su propio negocio.

Llaman la atención los **activos por impuesto diferido**¹⁰ cuyos importes llegaron a ascender hasta los 314 millones de euros en 2016. La Dirección consideró que había indicios suficientes para estimar que los créditos pendientes por compensar podrían ser recuperados. Sin embargo, después de los resultados desastrosos de 2018 y la posterior reestructuración de su

⁸ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 48.

⁹ Ídem, p. 58.

¹⁰ Tal y como define DIA en sus propias cuentas anuales consolidadas de 2018, los activos por impuesto diferido son créditos fiscales por bases imponibles negativas pendientes de compensación en el grupo fiscal español.

negocio, DIA realizó un análisis de recuperabilidad futura de dichos créditos y concluyó que era necesario **desactivar 170 millones de euros** al prever que no podrían ser recuperados.¹¹

Una de las partidas más importantes de otros activos no corrientes son los **activos mantenidos para la venta** que aparecen por primera vez en 2015 y que ya no abandonarán el balance de situación. Algunos activos como el 50% de la entidad financiera FINANDIA o el negocio de China han sido ya reclasificados a activos mantenidos para la venta y posteriormente vendidos y otros como Clarel o Cash & Carry (Max Descuento) han sido puestos a la venta y la entidad espera poder concretar su venta durante 2019.¹² El proceso de desinversión con los dos últimos negocios mencionados forma parte de las **condiciones impuestas por los bancos** para permitir refinanciar toda la deuda en 2018 y atender a sus obligaciones crediticias.¹³ Es evidente que la banca tiene el control efectivo de DIA. Además, se constituyeron diversas garantías personales y de prenda sobre gran parte de las acciones de DIA para asegurar el pago de las nuevas líneas de financiación acordadas.

Otro rasgo distintivo es el **nivel altísimo de stock** (existencias) en su balance, fluctuando entre 530 y 670 millones de euros, pero nunca bajando del 16% del activo total. Es una cifra porcentual elevadísima considerando en primer lugar que opera en el sector alimentario con muchos alimentos perecederos, en segundo lugar, que la mitad de las tiendas de DIA son franquicias y las existencias se reflejan en sus respectivos balances y, en tercer lugar, que otras empresas del sector como Mercadona son capaces de trabajar con stocks de un 7-8%, es decir, la mitad.

Por último, cabe destacar que el **efectivo** de DIA oscila **entre un 4 y un 9%** del activo total, contrastando con el 30% de Mercadona en 2018 incluso estando en plena estrategia de expansión internacional y modernización de sus tiendas -ambas financiadas con su propio efectivo-. Así pues, la posición de fortaleza financiera de Mercadona con capacidad para realizar cualquier operación en el momento oportuno resalta con la debilidad financiera y falta de capacidad de maniobra de DIA de acuerdo con su dinero líquido.

En cuanto a la financiación del activo, además de las consideraciones ya realizadas previamente en relación con la representación gráfica del balance, puede observarse que, aunque DIA ha ido trabajando siempre con recursos propios mínimos, las partidas contables que configuraban esta situación han ido cambiando bruscamente. En los primeros años del periodo analizado, DIA contaba con unas **reservas** considerables que suponían el **18-19%** del total de la financiación hasta que en 2015 se redujeron de forma muy significativa hasta llegar

¹¹ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 82.

¹² Ídem, p. 58.

¹³ Ídem, p. 9.

a un **2,5%**. Posteriormente fueron remontando, pero ya nunca conseguiría superar la barrera del 7,5%.

El segundo elemento que sufre grandes cambios es la **autocartera**, es decir, las **acciones propias** que DIA ha recomprado a sus accionistas y que, por lo tanto, reducen el patrimonio neto al constituirse como una partida contable con signo negativo en el balance. La elevada autocartera de DIA tiene sus orígenes en los sucesivos **Programas de Recompra de acciones propias** que se aprobaron en 2011 para poder atender las obligaciones generadas de acuerdo con el régimen de remuneración de los consejeros y los planes de entrega de acciones y opciones de compra sobre acciones que aprobó el Consejo de Administración. Sin embargo, el mayor impacto en las acciones propias se produjo a raíz de dos acontecimientos: en primer lugar, la **reducción de capital social** aprobada en julio de 2013 por la que se amortizaron más de 28 millones de acciones y en segundo lugar la firma de un **contrato de equity swap**¹⁴ por la que recompraba 6 millones de acciones dando de alta 37 millones de euros adicionales de acciones propias con el objetivo de hacer frente al nuevo Plan de Incentivos a largo plazo (2014-2016). De esta forma, en 2013 y 2014 DIA estaba en posesión de acciones propias por valor de entre **(553) y (659) millones de euros** con su consiguiente impacto en el patrimonio neto del balance.¹⁵

Continuando con las acciones propias, en abril de 2015 se aprobó una ulterior reducción de capital social de 28 millones de acciones. Sin embargo, el hecho más interesante fue la **colocación acelerada de 55 millones de acciones** en mayo de 2015, dando de baja la friolera cifra de **408 millones de euros** en acciones propias dejando la partida en una décima parte de su valor con 53 millones de euros y que se mantendría bastante estable durante los sucesivos años.¹⁶ Para concluir, durante todo el periodo analizado la sociedad fue entregando acciones propias a los Administradores y Dirección del grupo en concepto de retribución cumpliendo con las obligaciones de sus Planes de Incentivos a largo plazo.¹⁷

La última clave del patrimonio neto la encontramos en los resultados de ejercicios anteriores, ya que fueron los detonantes de la situación de patrimonio neto negativo de 2018 a raíz de las **pérdidas de más de 352 millones** reflejadas en la cuenta de resultados de ese año que, además, erosionaron los más de 100 millones de beneficio no distribuido de otros años que habían sido utilizados para capitalizar la empresa. Por si no fuera suficientemente crítica la situación, en vez de destinar el resultado positivo -o al menos parte de este- de la cuenta de

¹⁴ Un contrato de *equity swap* es un tipo de derivado financiero en que el valor de un producto depende de otro en que dos partes están de acuerdo en intercambiar el beneficio de los respectivos instrumentos. En este caso, es un contrato de permuta financiera sobre acciones cotizadas o índices bursátiles.

¹⁵ DIA S.A., 2014 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 43-45.

¹⁶ DIA S.A., 2016 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 37-38.

¹⁷ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 62.

resultados de 2017 a fortalecer los recursos propios de la empresa, DIA pagó en julio de 2018 **más de 110M € en concepto de dividendos** a sus accionistas.¹⁸

En cuanto a la financiación ajena, la deuda financiera a c/p estaba bastante controlada hasta **2018**, momento en que **DIA se ve contra las cuerdas y solicita más préstamo a corto plazo** para intentar hacer frente a los pagos exigibles ese mismo año, especialmente aquellos referidos a los proveedores. Después de solicitar el préstamo bancario, la **deuda financiera total representaba más de un 52%**. En esta situación, las entidades financieras tienen el control efectivo de la empresa y se podría decir que **DIA pertenece a los bancos**.

Otra nota importante del balance de situación son los proveedores. En una empresa del sector de la distribución, constituirían la deuda operativa o natural de la empresa. Sin embargo, el peso de la partida de **proveedores en el balance es totalmente desproporcionada**. En el periodo 2013-2018, incluso en el año en que consiguen reducirlos a su mínimo, siguen siendo más de 1.286 millones de euros y representando el 39,3% de toda la financiación de DIA. Prácticamente la **mitad de su activo está financiado por proveedores**, apalancándose en ellos y denotando una situación endémica de falta de pago a sus proveedores.

2.2. Cuenta de Resultados

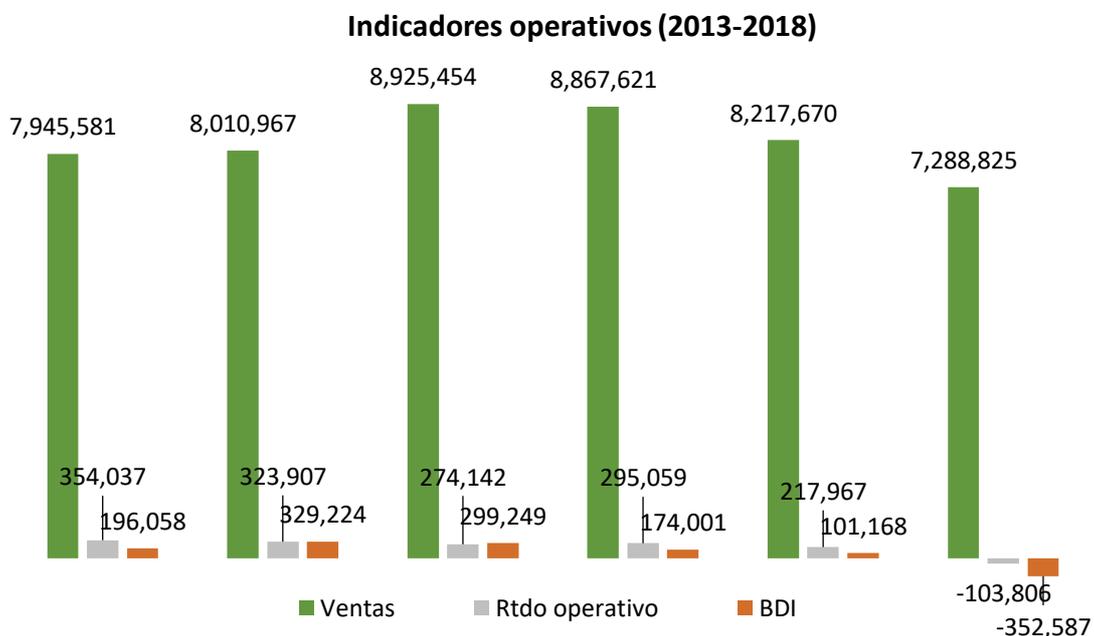


Ilustración 3: Indicadores operativos (2013-2018). Elaboración propia.

Se puede observar a simple vista que las magnitudes operativas reflejan la misma situación que el balance y su representación gráfica: leve mejora del desempeño de la empresa durante

¹⁸ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 66.

la primera mitad del periodo y posterior empeoramiento de todos los indicadores hasta llegar a la debacle de 2018. Dicho comportamiento se puede observar en el **estancamiento y leve repunte de las ventas**, cruzando prácticamente los 9.000 millones de euros en 2015, para posteriormente ir **descendiendo a un ritmo cada vez más vertiginoso**, facturando ya en 2018 menos de 7.300 millones. En sólo 3 años las ventas habían disminuido un 18%.

Tanto el resultado operativo como el beneficio neto siguen el mismo patrón que las ventas con la diferencia que la reducción progresiva de los resultados en los últimos años terminó traduciéndose en unas pérdidas desorbitadas tanto en el resultado operativo como en el BDI. Tales eran las pérdidas de 2018 que ni tan siquiera la suma de los beneficios de los dos años anteriores conseguía igualarlas.

Resulta interesante destacar que, aunque en 2015-2017 las ventas crecieron respecto 2014, no se tradujeron en un resultado operativo ni en un beneficio neto más holgados. Se pone de manifiesto una falta de control de los costes de ventas, gastos de explotación y/o gastos financieros que previsiblemente aumentaron en 2014 con el crecimiento en ventas pero que no se supieron reducir cuando las ventas empezaron a bajar en los años consecutivos.

	DIA					
	31/12/13		31/12/14		31/12/15	
	Miles €	%	Miles €	%	Miles €	%
Importe neto cifra de negocios	7.945.581	100,0%	8.010.967	100,0%	8.925.454	100,0%
Coste de la mercancía	6.312.374	79,4%	6.350.221	79,3%	7.018.881	78,6%
MARGEN BRUTO	1.633.207	20,6%	1.660.746	20,7%	1.906.573	21,4%
GASTOS EXPLOTACIÓN	1.373.430	17,3%	1.442.089	18,0%	1.728.646	19,4%
Gastos de personal	628.497	7,9%	660.282	8,2%	847.233	9,5%
Amortizaciones	188.951	2,4%	184.604	2,3%	214.026	2,4%
Otros gastos de explotación	549.847	6,9%	580.120	7,2%	644.034	7,2%
Deterioro AnC + pérdida por baja Anc	6.135	0,1%	17.083	0,2%	23.353	0,3%
Variación provisiones comerciales	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
RTDO. PREVIO EXPLOT.	259.777	3,3%	218.657	2,7%	177.927	2,0%
Otros ingresos de explotación	94.260	1,2%	105.250	1,3%	96.215	1,1%
RTDO. EXPLOTACIÓN (BAII)	354.037	4,5%	323.907	4,0%	274.142	3,1%
Ingresos financieros	13.310	0,2%	16.447	0,2%	9.265	0,1%
Gastos financieros	-46.209	-0,6%	-57.259	-0,7%	-65.291	-0,7%
Bº / Pérdida sociedades por participación	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
Deterioro y resultado instrumentos finan.	0	0,0%	103	0,0%	0	0,0%
RTDO. FINANCIERO	-32.899	-0,4%	-40.709	-0,5%	-56.026	-0,6%

RESULTADO ORDINARIO	321.138	4,0%	283.198	3,5%	218.116	2,4%
RTDO. EXTRAORDINARIOS	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
RTDO. ANTES IMPUESTOS	321.138	4,0%	283.198	3,5%	218.116	2,4%
IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS	-100.811	-1,3%	-74.556	-0,9%	82.610	0,9%
Rtdo. de las actividades interrumpidas	-24.269	-0,3%	120.582	1,5%	-1.477	0,0%
RTDO. NETO EJERCICIO o BDI	196.058	2,5%	329.224	4,1%	299.249	3,4%

Tabla 3: Cuenta de resultados (2013-2015). Elaboración propia.

	DIA					
	31/12/16		31/12/17		31/12/18	
	Miles €	%	Miles €	%	Miles €	%
Importe neto cifra de negocios	8.867.621	100%	8.217.670	100%	7.288.825	100%
Coste de la mercancía	6.942.007	78,3%	6.520.434	79,3%	5.817.011	79,8%
MARGEN BRUTO	1.925.614	21,7%	1.697.236	20,7%	1.471.814	20,2%
GASTOS EXPLOTACIÓN	1.741.531	19,6%	1.632.344	19,9%	1.710.151	23,5%
Gastos de personal	846.103	9,5%	743.470	9%	713.370	9,8%
Amortizaciones	232.953	2,6%	223.719	2,7%	235.206	3,2%
Otros gastos de explotación	653.549	7,4%	614.611	7,5%	628.429	8,6%
Deterioro AnC + pérdida por baja Anc	8.926	0,1%	29.267	0,4%	105.351	1,4%
Variación provisiones comerciales	0	0%	21.277	0,3%	27.795	0,4%
RTDO. PREVIO EXPLOTACIÓN	184.083	2,1%	64.892	0,8%	-238.337	-3,3%
Otros ingresos de explotación	110.976	1,3%	153.075	1,9%	134.531	1,8%
RTDO. EXPLOTACIÓN (BAII)	295.059	3,3%	217.967	2,7%	-103.806	-1,4%
Ingresos financieros	12.089	0,1%	12.197	0,1%	6.480	0,1%
Gastos financieros	-64.121	-0,7%	-65.687	-0,8%	-90.205	-1,2%
Bº / Pérdida sociedades por participación	93	0%	194	0%	-1.183	0%
Deterioro y resultado instrumentos finan.	0	0%	0	0%	67.505	0,9%
RTDO. FINANCIERO	-51.939	-0,6%	-53.296	-0,6%	-17.403	-0,2%
RESULTADO ORDINARIO	243.120	2,7%	164.671	2%	-121.209	-1,7%
RTDO. EXTRAORDINARIOS	0	0%	0	0%	9.265	0,1%
RESULTADOS ANTES IMPUESTOS	243.120	2,7%	164.671	2%	-111.944	-1,5%
IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS	-69.119	-0,8%	-52.013	-0,6%	-186.924	-2,6%
Rtdo. de las actividades interrumpidas	0	0%	-11.490	-0,1%	-53.719	-0,7%
RTDO. NETO EJERCICIO o BDI	174.001	2%	101.168	1,2%	-352.587	-4,8%

Tabla 4: Cuenta de resultados (2016-2018). Elaboración propia.

La cuenta de resultados no únicamente refleja la leve mejoría durante la primera mitad del periodo hasta 2014 y el posterior declive en cuanto a ventas, resultado operativo y BDI, sino

que deja ver la misma tendencia en una magnitud clave: el **margen bruto**. Durante el periodo 2016-2018, el margen bruto se ha ido **erosionando** hasta llegar a ser de sólo el **20,2%** en 2018, mientras que en otras empresas como Mercadona era del 24,8% e incluso del 25,7% en Eroski. En un sector como la distribución alimentaria que trabaja con márgenes tan ajustados, esta diferencia es abismal y tiene consecuencias muy importantes que se reflejan en toda la cuenta de resultados. DIA ha **empeorado el coste de ventas** debido al poder de negociación que ha perdido por su pésima estructura en balance y se ha visto reflejado en el margen bruto.

Sin embargo, aún disminuyendo las ventas, en vez de disminuir también los costes, los **gastos de explotación no solo han aumentado proporcionalmente sino también en términos absolutos**, deteriorando cada vez más el resultado previo de explotación hasta llegar a la situación de 2018 en que el resultado ya era negativo incluso antes de asestar el golpe de los gastos financieros y de los impuestos. Aún así, la partida de **gastos de personal** refleja la situación particular de DIA con su modelo de negocio de **franquicia** en relación con otras empresas del sector, ya que un 9% de gastos de personal es un porcentaje muy bajo en relación con el 13-14% del resto del sector. Una gran parte de los gastos de personal corren a cargo de las franquicias, aligerando al menos un poco la estructura de costes de DIA.

Otra nota importante es la presencia persistente de **otros ingresos de explotación** que **maquillan el resultado de explotación** en más de 100 millones año tras año para tratar de embellecerlo. A modo de ilustración, en 2017 los otros ingresos de explotación eran prácticamente el doble que el propio resultado previo de explotación, es decir, ganaba el doble por negocios accesorios que por la actividad principal de la empresa. Esta partida está configurada por ingresos por arrendamientos -tanto de concesionarios como de franquiciados, penalizaciones de servicio y calidad -incluyen el cobro de penalizaciones a los proveedores por falta de servicio o por falta de calidad según los acuerdos pactados-, comisiones e intereses provenientes de entidades financieras -FINANDIA, EFC- y otros ingresos procedentes de franquicias.¹⁹ Especial mención requiere FINANDIA, la entidad de crédito del grupo que ofrece crédito al consumo a residentes españoles a través de la tarjeta ClubDIA cuyos intereses y rendimientos configuran parte de los otros ingresos de explotación.²⁰

Para concluir y con la finalidad de arrojar más claridad, el **resultado de las operaciones interrumpidas** de 2017 y 2018 refleja los resultados de los negocios de Clarel y Cash & Carry (Max Descuento), cuyos activos han sido reclasificados a activos mantenidos para la venta, a efectos de facilitar la comparabilidad.²¹

¹⁹ DIA S.A., 2014 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 58

²⁰ Ídem, p. 36.

²¹ DIA S.A., 2018 [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, p. 3 y 27.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO

3.1. Análisis financiero

	Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (I)					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Solvencia Global = AT / Deuda Total	1,06	1,14	1,10	1,11	1,07	0,95
Coefficiente endeudamiento = Deuda Total / PN	17,35	7,28	9,99	8,99	13,54	-20,70
Dependencia financiera = Deuda Total / AT	0,95	0,88	0,91	0,90	0,93	1,05
Calidad del endeudamiento = Deuda cp / Deuda Total	0,74	0,77	0,68	0,67	0,71	0,72
Solvencia Corriente o Ratio de Liquidez = AC / PC	0,48	0,53	0,51	0,59	0,52	0,49
Solvencia Inmediata o Ratio Tesorería = AC – Stock / PC	0,25	0,27	0,25	0,31	0,27	0,27

Tabla 5: Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (I) (2013-2018). Elaboración propia.

Todos los indicadores de endeudamiento y liquidez reflejan la misma situación que se ha observado analizando el balance y la cuenta de resultados: ínfimos recursos propios, elevada deuda financiera y gran tensión para hacer frente a los pagos exigibles a corto plazo. De esa forma, la **solvencia global de la empresa es muy baja** y ni se acerca al valor ideal de 2 en que los activos doblan la deuda. DIA se mueve en arenas movedizas con valores en torno a 1 hasta que en 2018 cae en el abismo y **la deuda supera el activo**.

Sin embargo, es el coeficiente de endeudamiento el que refleja con más claridad la situación complicada en cuanto a endeudamiento que tiene la empresa. **Por cada 1€ de recursos propios, tiene hasta 17€ de deuda**, sin tan siquiera tener en consideración el indicador de 2018 donde el patrimonio neto es negativo. **La empresa depende de los recursos ajenos**. Este valor dista mucho del valor ideal de la ratio de 1, representando que por cada 1€ de PN tiene sólo 1€ de deuda. En esta misma línea, la **dependencia financiera de la empresa llega al 105%**, muy por encima del 50% recomendado y recordando que **la deuda supera el activo**. DIA se encuentra en quiebra.

No únicamente hay demasiado endeudamiento durante todo el periodo, sino que la calidad de éste es pésima, con más de un **70% del endeudamiento concentrado en el corto plazo**. Hay una gran tensión para poder hacer frente a las obligaciones corrientes que también se refleja en la solvencia corriente y la solvencia inmediata, ambas con valores muy por debajo de lo recomendado para toda empresa. **Por cada 1€ de deuda a corto plazo, DIA sólo dispone de 0,52€ de activo corriente**, o 0,27€ sin tener en consideración las existencias, para poder

hacer frente a esta deuda. Es una situación muy comprometida, ya que con su activo más líquido únicamente es capaz de pagar un cuarto de la deuda corriente.

	Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (II)					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Liquidez de 1r grado = Efectivo + Inversiones financieras cp / Deuda cp	0,12	0,10	0,08	0,16	0,14	0,10
FM (miles \$) = AC - PC	-1216646	-990490	-1048324	-960156	-1198826	-1271233
Capacidad de devolución de los préstamos = Flujo de caja (BDI + Amortiz.) / Préstamos	0,42	0,90	0,40	0,33	0,25	-0,07
Cobertura de gastos financieros = Resultado explotación (BAII) / Gastos Financieros	7,66	5,66	4,20	4,60	3,32	-1,15
Coste de la deuda = Gastos financieros / Préstamos	5,1%	7,8%	5,0%	5,2%	5,1%	5,3%
Nº años devolución deuda = (PC + PnC) / CF	8,28	5,35	6,10	8,66	10,72	-29,29

Tabla 6: Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez (II) (2013-2018). Elaboración propia.

La liquidez de primer grado en que sólo un 10% de todo el activo es líquido, sigue poniendo de manifiesto la **debilidad también en efectivo** de la empresa que le dificultan poder tomar decisiones estratégicas contundentes para enderezar la situación.

Otro indicador de gran relevancia es la capacidad de devolución de los préstamos, donde se analiza si el *cash flow* -la suma del excedente del ejercicio junto con los gastos que no pago, la amortización- es el adecuado para poder liquidar toda la deuda. En DIA, aun obviando el año en que incurre en pérdidas, por cada 1€ de préstamo sólo generaba 0,33€ en 2016 y 0,25€ en 2017. **Si mantiene la misma dinámica, DIA nunca será capaz de devolver sus préstamos** y cada vez requerirá más deuda financiera. La otra cara de la moneda son los años de devolución de la deuda que no dejan de crecer. Ejercicio tras ejercicio, el *cash flow* va disminuyendo, la empresa endeudándose más y DIA **necesitando más años para poder devolver la deuda**.

Tal como era de esperar, la elevada deuda financiera de DIA genera unos **gastos financieros desproporcionados en relación con el resultado de explotación**. La empresa prácticamente trabaja para poder encajar el golpe del gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias, resultando en una cobertura de gastos financieros mínima e incluso negativa en 2018. Con el resultado generado por su negocio, no es capaz ni tan siquiera de cubrir los gastos financieros.

	Indicadores de gestión de activos: rotaciones y plazos					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Envejecimiento inmov. material = AAIM / (Inmov. material - terrenos)	0,56	0,57	0,57	0,58	0,59	0,69
Rotación AT = Ventas Netas / AT	2,36	2,56	2,59	2,26	2,20	2,23
Rotación AnC = Ventas Netas / AnC	3,55	4,01	3,79	3,54	3,33	3,52
Rotación AC = Ventas Netas / AC	7,03	7,09	8,21	6,29	6,45	6,08
Rotación stock = Consumos (coste de ventas) / Existencias	11,6	11,5	12,5	10,4	10,7	10,9
Plazo almacenamiento = Existencias / Consumos (coste de ventas) * 365	31,5	31,8	29,3	35,2	34,1	33,4
Plazo cobro a clientes = [Clientes / ventas netas] * 365	9,6	11,1	6,3	7,9	8,2	8,4
Plazo pago proveedores = [Proveedores / Compras ²²] * 365	93,0	89,2	71,6	92,2	91,9	80,7

Tabla 7: Indicadores de gestión de activos (2013-2018). Elaboración propia

El inmovilizado material de las distribuidoras alimentarias está constituido principalmente por las construcciones de almacenes y tiendas y sus respectivas instalaciones técnicas y maquinaria. Así pues, el **envejecimiento del inmovilizado material** de DIA por falta de inversiones para rejuvenecerlo tiene impacto en su cuenta de resultados ya que no solo van perdiendo productividad los montacargas, los frigoríficos, etc. sino también que las tiendas van quedando obsoletas e incentivando menos la entrada de consumidores.

Es importante destacar de entrada que, de acuerdo con el modelo de negocio de las distribuidoras alimentarias, DIA trabaja con márgenes pequeños y por lo tanto necesita una rotación elevada de los activos y en especial del stock para poder generar beneficio. Son indicadores claves. Las **rotaciones** del activo total y del activo no corriente son correctas, pero la **del activo corriente** requiere especial mención ya que aun siendo bastante alta -en parte, debido al escaso efectivo de la empresa- en los últimos años **se ha ido deteriorando** con la caída de las ventas, **perdiendo productividad**. Aun así, todavía mantiene un grado de aprovechamiento adecuado y sin sobredimensionamiento de los activos.

En cuanto a la rotación del *stock*, la más importante de los cuatro tipos de rotaciones (refleja cuántas veces se ha vendido y reabastecido el inventario) en sólo 4 años ha bajado de 12,5 a 10,9 y situándose a menos de la mitad de la rotación del *stock* de Mercadona, que en 2018 se situaba en 22,8. **Mercadona imprimía el doble de velocidad al inventario que DIA**. El plazo de almacenamiento, es decir, cuántos días están los productos en el almacén hasta ser

²² Compras = coste de ventas +/- diferencia de stock.

vendidos, confirma las mismas conclusiones: la pérdida de agilidad del *stock* y consecuente **aumento de días en el almacén, incurriendo en mayores costes de almacenaje.**

3.2. Análisis económico

	Indicadores de rentabilidad, autofinanciación y operativos					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
ROI = Rtdo. Explot. (BAII) / AT	10,5%	10,4%	8,0%	7,5%	5,8%	-3,2%
ROE = BDI / PN	106,8%	87,2%	95,5%	44,4%	39,3%	212,3%
Cobertura de la deuda por ingresos = Ventas netas / PT	2,49	2,91	2,85	2,52	2,36	2,12
Capacidad financiación sobre activo = Flujo Caja (BDI + Amorti.) / AT	0,11	0,11	0,14	0,04	0,08	-0,11
Capacidad financiación sobre ventas = Flujo Caja (BDI + Amorti.) / Ventas Netas	0,05	0,04	0,05	0,02	0,04	-0,05
Facturación por empleado (€) = Ventas / Nº empleados	175.132 €	185.250 €	209.400 €	207.833 €	197.759 €	180.488 €
Bº Neto por empleado (€) = BDI / Nº empleados	4.321 €	7.613 €	7.021 €	4.078 €	2.435 €	-8.731 €
Coste laboral por empleado (€) = Gasto personal / Nº empleados	13.853 €	15.269 €	19.877 €	19.830 €	17.892 €	17.665 €
Productividad laboral = Ingresos de Explotación / Gasto personal	12,79	12,29	10,65	10,61	11,26	10,41
Nº empleados	45369	43244	42624	42667	41554	40384

Tabla 8: Indicadores de rentabilidad, autofinanciación y operativos (2013-2018). Elaboración propia.

La **rentabilidad económica -ROI-** de DIA era muy buena con una rentabilidad de los activos sin tener en consideración su fuente de financiación de más de un 10%. Sin embargo, poco a poco fue erosionándose hasta que **en 2018 entró en una crisis desastrosa** y la explotación del negocio en vez de generar beneficios, generaba pérdidas.

Para poder analizar la rentabilidad financiera -ROE- adecuadamente, es imprescindible atender a la capitalización o falta de ella de la empresa. DIA tiene una **rentabilidad financiera estratosférica a costa de tener mucha deuda** y estar **súper apalancada**. Ya no puede endeudarse más y la **capacidad de endeudamiento está agotada**. Al tener poquísimos recursos propios, por poco que gane, ya sube el ROE. Sin embargo, esta rentabilidad despampanante para los accionistas tiene asociada una vulnerabilidad económica que pasa factura a la empresa en 2018 cuando empieza a tener problemas. En ese ejercicio, el 212% no indica una buena rentabilidad financiera sino justo lo contrario, ya que no sólo el resultado del ejercicio es negativo, sino que el patrimonio neto también.

Sin lugar a duda, dos de los elementos más interesantes son la facturación y el beneficio por empleado, ambas siguiendo la misma tendencia que el resto de las ratios: mejora en la primera mitad del periodo analizado y empeoramiento en la segunda mitad. Siguiendo con la comparación para tener un punto de referencia, mientras que **cada empleado de DIA genera 180.000€ de ingresos por ventas en 2018, un empleado de Mercadona está generando 240.000€; ninguno de los dos se acerca a los casi 2 millones de \$ de los empleados de Apple**, una de las empresas con mayor productividad laboral del mundo. Realizando el mismo ejercicio comparativo con el beneficio por empleado en 2018, se observa que el **resultado por trabajador de DIA es de 9.400€ de pérdidas, de 6.600€ de beneficio en Mercadona** -uno de sus mejores años- **y de 403.000€ de beneficio en Apple**.

Sin embargo, cabe tener en consideración que, al tratarse un modelo de negocio mixto con tienda propia y franquicia, hay una pequeña trampa en las ratios anteriores ya que el empleado de la franquicia no computa como empleado y DIA no incurre en la totalidad de gastos de personal. Dicha situación se refleja claramente en la falsamente alta productividad laboral que en ningún momento baja de 10€ de ingresos de explotación por cada euro invertido en gastos de personal.

4. MODELO DE FRANQUICIA DE DIA

Una de las diferencias más relevantes entre DIA y el resto de las distribuidoras alimentarias es la dualidad en su modelo de negocio. Mientras empresas como Mercadona, Carrefour o Eroski operan con tiendas propias prácticamente en su totalidad, el **modelo de DIA** combina la tienda propia con la franquicia. A grandes rasgos, DIA hace llegar sus productos al consumidor final a través de los **franquiciados, quienes asumen el riesgo y la inversión** a cambio de entrar en un negocio de éxito, usando su marca y *know-how*.

Desde el punto de vista del franquiciado, el modelo de franquicia suele tener una estructura de costes definidos por los gastos antes de la apertura, los gastos después de la apertura y, en su caso, los pagos adicionales. A falta de posibilidad de acceso a los contratos formalizados entre DIA y los franquiciados, es interesante, al menos, identificar los conceptos que suelen caracterizar los contratos de franquiciada. Los costes de antes de la apertura están constituidos por el **canon de entrada** para formar parte de la red de franquicias y la **inversión inicial**. Los de después son los **royalties** que remuneran los servicios prestados por la franquiciadores -habitualmente expresados como un porcentaje sobre las ventas del franquiciado- y las **cuotas de publicidad**. Ya, por último, los **pagos adicionales** pueden estar configurados por traspasos, retrasos o incumplimiento de obligaciones, etc. Como se puede observar, el peso de la inversión recae íntegramente sobre el franquiciado.

La franquicia requiere muy **poca inversión económica** por parte del franquiciador y permite una **rápida expansión** del negocio. Esta fue la fórmula de éxito usada durante los años dorados de DIA y que hizo posible que se posicionara como la primera distribuidora alimentaria a nivel nacional en cuanto a número de establecimientos y superficie de venta. Sin embargo, con la franquicia se ejerce **menos control sobre la marca** y existe el riesgo de pérdida de homogeneidad de los establecimientos -entre las franquicias y también respecto las tiendas propias-, derivando en un menoscabo de la percepción de la marca DIA.

En esta misma línea, no solo se diluye la marca DIA de forma externa frente a los consumidores finales sino también internamente frente a los propios trabajadores, los franquiciados y sus empleados. No es ningún secreto que la cultura empresarial es uno de los elementos esenciales en toda empresa; es el ADN. Así pues, que la plantilla de la franquiciadora en relación con todos los empleados en todos los establecimientos DIA sea baja, tiene un gran **impacto en la cultura de la organización**. Al predominar el franquiciado y sus trabajadores, DIA ha renunciado significativamente a su esfera de influencia respecto los principios, valores, hábitos y formas de interacción que impregnan todos los integrantes de una empresa. Una cultura empresarial sólida fortalece la empresa; una de débil, la sitúa en una posición de vulnerabilidad.

Tiendas propias vs Franquicias

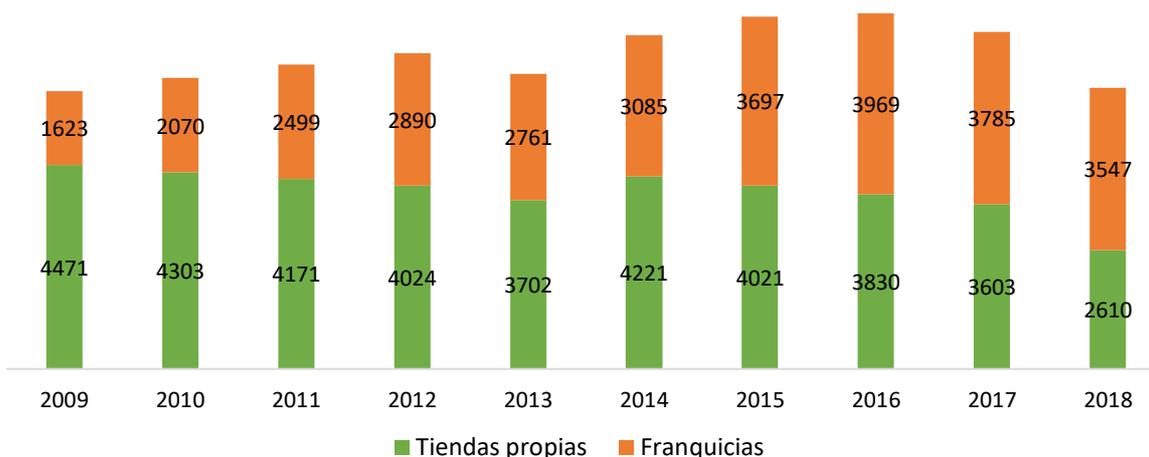


Ilustración 4: Evolución número de tiendas propias y franquicias (2009-2018). Elaboración propia.

En este caso, resulta de especial interés la elaboración de un estudio comparativo más extendido en el tiempo abarcando un periodo de 10 años. Omitiendo las anomalías de 2018 que también se ven reflejadas en este aspecto, se puede observar un patrón clarísimo: mientras el número de **tiendas propias de DIA ha ido disminuyendo** ligeramente a lo largo de los años, el número de **franquicias no ha dejado de crecer**, aumentando de 1.623 franquicias en 2009 hasta un máximo histórico de 3.969 en 2016. En este mismo sentido, mientras en el primer ejercicio analizado las franquicias únicamente representaban un 26% sobre el total de los establecimientos, en 2018 representaba ya el 58%. No cabe ninguna duda que **DIA ha ido creciendo con y gracias a los franquiciados**.

En 2018, sin embargo, se aprecia un **cambio fuerte de tendencia**. DIA está realizando una estrategia muy agresiva reduciendo el número total de establecimientos y apostando por la tienda propia. Dicho fenómeno se produce por el **cierre de una gran cantidad de franquicias** -la mayoría por quiebra financiera- y la **recompra de otras muchas** para convertirlas en tiendas propias.

Por último, cabe destacar que el número de franquicias representado es el número neto, sin incluir el desglose entre las que han abierto o cerrado durante el ejercicio. Este dato hubiera permitido identificar la existencia de un patrón de cierre sistemático de franquicias por falta de viabilidad financiera -y quiebra- seguido de una gran cantidad de nuevas aperturas. Ésta sería una forma de proceder conveniente por la franquiciadora, ya que cada vez que una franquicia cierra y abre otra en su lugar, paga el canon de entrada. O, por el contrario, se hubiera podido identificar un patrón de estabilidad y larga vida financiera de las franquicias.

5. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

5.1. Concepto jurídico

Una primera aproximación al concepto de franquicia en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el art. 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM): al entender la franquicia como la actividad comercial *«que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios»*.

Sin embargo, resulta evidente que la definición de la LOCM es incompleta y poco ilustrativa e incluso se podrían llegar a encuadrar en su noción a otros tipos de contratos, como por ejemplo el contrato de distribución exclusiva -concesión-, con el que presenta importantes analogías, pero también significativas diferencias.²³ En un intento de proporcionar una regulación más detallada, el legislador aprobó el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. En su art. 2.1 la define como aquella en que:

[...] El franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios [...].

En el marco de la Unión Europea, una primera aproximación a esta modalidad contractual de génesis norteamericana vino de la mano de la STJCE C-161/84, de 28 de enero de 1986, conocida como **Caso Pronuptia**. En el FD 15º, el Tribunal de Luxemburgo establece por primera vez que, en un contrato de franquicia,

Una empresa [...] concede, mediante una retribución, a comerciantes independientes, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando su rótulo y los métodos comerciales, que le han garantizado el éxito. Más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos.

Asimismo, la propia sentencia identificó ya en esa fase temprana de la implantación y regulación de la franquicia en Europa, una de las características más relevantes de la relación entre los contratantes: la asimetría de experiencia. Ponía de manifiesto que la franquicia *«permite a los comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria, servirse de métodos que*

²³ Tanto el contrato de franquicia como el de distribución exclusiva son atípicos, de confianza y, habitualmente, de adhesión. Además, en ambos casos se adquiere el producto al fabricante o principal para su ulterior reventa, asumiendo el riesgo y ventura y actuando por cuenta propia. Sin embargo, el franquiciado actúa en nombre del franquiciador, así que debe seguir sus indicaciones para mantener la homogeneidad y reputación de la marca, mientras que el concesionario actúa en nombre propio, gozando de mayor margen de actuación -aunque tampoco total-. Otra gran diferencia radica en que el franquiciador está obligado a aportar el concepto de negocio y el sistema completo de gestión -el *know how*- que pretende garantizar el éxito, mientras que el concedente no está obligado a ello.

sólo hubieran podido adquirir tras largos y laboriosos esfuerzos de investigación y disfrutar del prestigio del signo distintivo».

En los FD 16º y 17º, la STJCE recoge los dos comportamientos necesarios por parte del franquiciador para que se pueda hablar de contrato de franquicia. Por un lado, **aportar know how** y «prestarles la **asistencia** necesaria para que puedan aplicar sus métodos» y, por otro, la adopción de **medidas de control** para proteger el *know how* transmitido y el prestigio de la marca. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo por primera vez se pronuncia sobre los aspectos más relevantes del contrato de franquicia: la naturaleza jurídica, los elementos esenciales del mismo y las obligaciones principales que recaen sobre las dos partes del contrato -el franquiciador y el franquiciado-.

De forma especialmente relevante, el Fundamento de Derecho Segundo de la **STS 754/2005, de 21 de octubre de 2005**, recoge la evolución jurisprudencial en España que más adelante es reproducida literalmente en el Fundamento de Derecho Tercero de la **STS 145/2009, de 9 de marzo de 2009**. Así pues, además de indicar sentencias en que previamente se mencionó la franquicia, hace hincapié en la doctrina establecida por la STS, de 27 de septiembre de 1996, que posteriormente sería recogida y ampliada por la **STS 385/1998, de 30 de abril de 1998**. Esta última sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, no sólo califica el contrato de franquicia de atípico, sino que también proporciona una definición:

Aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica.

Asimismo, la **STS 164/1997, de 4 de marzo de 1997**, matizó la definición y determinó en su Fundamento Jurídico Primero que la característica fundamental de la franquicia es que:

Una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje.

Por último, en sede de jurisprudencia menor, la **SAP 221/2017 de Burgos, de 12 de abril de 2017**, enumera de forma muy clara los elementos esenciales del contrato de franquicia:

- a) **Cesión o licencia del uso de la propiedad industrial** «para comercializar productos o servicios creando una imagen uniforme de cadena comercial».
- a) **Transmisión del know how**. Sin embargo, es imprescindible que el conocimiento o saber hacer sea **propio** -exclusivo del franquiciado y no genérico-, **sustancial** -ser preciso y tener un valor específico- y **singular** -útil para el franquiciado-.

- b) **Prestación de asistencia** comercial y técnica continuada durante toda la vigencia del contrato de franquicia.

El propio presidente de la Sala ²⁴ destaca en la STS 145/2009, de 9 de marzo de 2009, que el elemento clave en el contrato de franquicia es el *know how*, es decir, «*los conocimientos secretos de orden comercial*» que se transfieren por la franquiciadora al franquiciado. ²⁵

Después de haber analizado los elementos esenciales del contrato de franquicia reconocidos a nivel doctrinal y jurisprudencial, resulta oportuno elaborar un **concepto propio**. Así pues, se puede definir el contrato de franquicia como aquel contrato en virtud del cual un empresario -el franquiciador- se compromete, a cambio de una contrapartida, a ceder o licenciar el uso de su propiedad industrial, aportar su *know how* y prestar asistencia comercial y técnica continuada a otro empresario -el franquiciado- para que explote su sistema propio de comercialización de productos o servicios, integrándose en su red de franquicias y sometiéndose a sus medidas de control para proteger tanto el *know how* transmitido como el prestigio de la marca.

5.2. Características y naturaleza

Las características generales del contrato de franquicia son las siguientes: ²⁶

- a) **Bilateral o sinalagmático**. El contrato genera obligaciones «*a cargo de ambas partes contratantes, que, si son recíprocas, autorizarán, en caso de incumplimiento, a pedir la resolución conforme a lo previsto en el art. 1124 CC*». ²⁷
- b) **Oneroso**, ya que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas.
- c) **Consensual**, perfeccionándose por el mero consentimiento de las partes.

Resulta interesante destacar que existe todavía hoy en día una discusión doctrinal acerca de la naturaleza del contrato de franquicia. Una parte de la doctrina lo clasifica como un contrato de distribución general, otra parte como un contrato de distribución de cesión e incluso una tercera como una licencia de marca y otros derechos de propiedad industrial. Sin embargo, la doctrina mayoritaria lo categoriza como un **contrato de distribución** pues cumple con la misma causa negocial o función económica: «*favorecer la comercialización de productos o*

²⁴ COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL [Recurso electrónico]: *El magistrado Francisco Marín Castán nuevo presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo*. Poder Judicial, 31 de enero de 2014.

²⁵ MARÍN CASTÁN, F. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución*. En: VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.). *Los contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 27-29.

²⁶ WOLTERS KLUWER. [Recurso electrónico]: *Contrato de franquicia*. [Consulta: 2 de junio de 2020].

²⁷ DE VERDA BEAMONTE, J. R. *El contrato y sus elementos esenciales*. En: DE VERDA BEAMONTE, J. R. (cord.). *Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 195-199 y 206-213.

*servicios mediante la creación de estructuras económicas integradas y duraderas a través de empresarios jurídicamente independientes».*²⁸

Todos los contratos de distribución están caracterizados por los siguientes rasgos y que también comparte el contrato de franquicia:²⁹

- a) Conlleva la **colaboración** entre empresarios independientes para la implementación de una red de venta de los productos.
- b) **Mercantil** objetiva y subjetivamente ya que no sólo los contratantes son empresarios de acuerdo con el art. 3 del CCo sino que el contrato también implica el ejercicio de una actividad económica.³⁰
- c) De **duración continuada** con vocación de estabilidad.
- d) **Intuitu personae** o **basado en la confianza**. Sin embargo, no es personalísimo ya que la capacidad técnica, profesional o financiera del distribuidor son meramente elementos instrumentales, pero no esenciales.
- e) Conlleva la **cesión de derechos sobre bienes inmateriales** como por ejemplo marcas, rótulos, *know how* o logotipos.

Por último, cabe prestar especial atención a 2 notas características de gran trascendencia del contrato de franquicia: es atípico y de adhesión.

Tal y como introdujo la STS, de 27 de septiembre de 1996, el contrato de franquicia surgió del contrato de *franchising* del derecho norteamericano como «*manifestante de una situación contractual que no tiene su reflejo en el Derecho positivo*» y que, por lo tanto, debe enclavarse dentro de los contratos **atípicos**. Atendiendo a la teoría general de contratos, los atípicos «*son válidos al amparo del principio de autonomía privada del art. 1255 CC*» que, en todo caso, deben tener una causa lícita. Son las propias partes las que regulan el contenido del contrato; sólo en defecto de pacto, se atenderá a las reglas generales de obligaciones y contratos del CC y CCo y, subsidiariamente, por analogía, las normas de los contratos típicos más afines.³¹ En este caso, el de agencia, por sus grandes similitudes, pero también nada menospreciables diferencias.³² Así pues, impera el principio de autonomía de la voluntad de

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F. *Contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring*. En: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de derecho mercantil. Volumen II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 15.

²⁹ Ídem, p. 15.

³⁰ WOLTERS KLUWER. [Recurso electrónico]: *Contrato de franquicia*. [Consulta: 2 de junio de 2020].

³¹ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. cit, p. 200.

³² Tanto el contrato de agencia como el de franquicia están caracterizados por tener vocación de perdurabilidad en el tiempo -continuidad- y mantener una relación de independencia entre los empresarios. Sin embargo, a diferencia del contrato de franquicia, el de agencia no sólo es típico -regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia- sino que su contenido es mayoritariamente imperativo. En segundo lugar, mientras el franquiciado actúa por cuenta propia, el

las partes del art. 1255 CC que queda plasmado en las **cláusulas del contrato**. A diferencia de otros contratos como el de agencia, la ley no actúa de forma garantista protegiendo la parte débil³³ y prácticamente no hay derecho imperativo, contrastando con el contrato de agencia, ampliamente regulado en la ley.

Hay que partir de la base que frecuentemente existe una importante **asimetría** entre el franquiciador y el franquiciado no únicamente en los aspectos de información y experiencia empresarial sino también de **capacidad de negociación**. Cuanto mayor sea el tamaño y más poder en el mercado tenga el franquiciador, el franquiciado dispondrá previsiblemente de menor capacidad de negociación. Tanto es así, que normalmente el contrato de franquicia termina convirtiéndose en un **contrato de adhesión**, como si de un contrato entre consumidores se tratase. «Una de las partes (un empresario) predetermina el contenido de los mismos, de manera que la otra parte [...] **no tiene más libertad que la de aceptarlo o rechazarlo.**»³⁴

En este contexto de desigualdad respecto de la capacidad de negociación de cada una de las partes contratantes, la falta de regulación puede suscitar abusos por quien **redacta las cláusulas del contrato unilateralmente** -el franquiciador-.³⁵ Es la manifestación de los riesgos de ser un contrato atípico y de adhesión al mismo tiempo. Por ende, teniendo en consideración la realidad que subyace en los contratos de franquicia, resulta esencial la exigencia de la **actuación de buena fe durante toda la vida de la relación jurídica** y en especial el deber de información del franquiciador al franquiciado.

agenciado actúa por cuenta del principal. Para concluir, el franquiciado revende el producto o servicio adquirido del franquiciador en comparación con el agenciado, que en ningún momento compra el producto o servicio al principal.

³³ RIBÓ, A. y POCH, A. *Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos*, Economist & Jurist, 2015, Vol. 23, núm 190, p. 58-65.

³⁴ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. cit., p. 200.

³⁵ ABRIL RUBIO, A. *Conflictos en la distribución comercial*. En: CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.) *Manual práctico derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 152.

6. EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Es ampliamente conocido que el principio de la buena fe es uno de los más aplicados por los tribunales españoles en relación con el derecho privado, pues no es un mero principio informador del ordenamiento sino la columna vertebradora de los contratos. En esa dirección, M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera señala que «*la buena fe no sólo actúa con el carácter de informadora del ordenamiento jurídico que el artículo 1.4 del Código Civil atribuye a todos los principios generales, sino de manera directa e inmediata*». ³⁶ Así pues, el principio de buena fe tiene su expresión directa en los arts. 7 y 1258 CC y 57 CCo, operando como «*límite de los derechos subjetivos y fuente de deberes de conducta*». ³⁷

Aún cuando los arts. 1258 CC y 57 CCo sólo hacen mención expresa a la buena fe en relación con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones, ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido problema alguno para aceptar que el **principio de la buena fe debe regir toda la vida del contrato** e incluso sus efectos ulteriores. A este respecto, Gustavo Ordoqui Castilla indica que:

La buena fe es el alma de todo contrato. Guía su existencia en el caso en que las partes refieran expresamente a ella, y aún por sí sola impera como principio general más allá de lo convenido por las partes. A través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato. ³⁸

La buena fe constituye un modelo de conducta durante toda la vida de la relación jurídica, desde las etapas preliminares del contrato y expandiéndose hasta después de su extinción. Se esgrime como un principio supremo que debe inspirar la conducta de las partes durante todo el proceso. ³⁹

Por su parte, el TS ha sentado jurisprudencia señalando en repetidas ocasiones que la buena fe debe observarse en todas las fases del contrato y que dicho principio desempeña un papel básico en la doctrina jurisprudencial más reciente, tal y como se desprende de la STS 457/2016, de 5 de julio de 2016, entre otras.

Ante la ausencia de normativa vigente del contrato de franquicia, la jurisprudencia destaca la especial transcendencia que cobra el principio de la buena fe. En este sentido, la STS 754/2005, de 9 de marzo de 2005, señala que:

³⁶ GETE-ALONSO CALERA, M. *Comentario al art. 7 del Código Civil*. En: ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo I, vol. 1º*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 865.

³⁷ CLEMENTO MEORO, M. *Concepto y fuentes de las obligaciones*. En: DE VERDA BEAMONTE, J. R. (cord.). *Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

³⁸ ORDOQUI CASTILLA, G. *Buena fe en los contratos*. Madrid: Editorial, 2011, p. 31.

³⁹ MONSALVE CABALLERO, V. [Recurso electrónico]: *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción*. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, núm. 30, 2008, p. 30-74.

*[...] En aplicación del carácter de **contrato atípico**, declara que se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, **fundados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza**, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica.*

De esta forma, se observa como la buena fe evoluciona desde establecer una obligación genérica hacia «**presidir la actuación individual de las partes y constituir un parámetro objetivo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar la conducta de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones**». ⁴⁰

De acuerdo con Antonio Abril Rubio, el principio de la buena fe se manifiesta en dos grandes deberes. Por un lado, la **profesionalidad** -la **buena fe contractual**- entendida en «*su sentido objetivo como un comportamiento justo y adecuado que consiste en dar al contrato cumplida efectividad*» que requiere obrar con una diligencia media. Por otro lado, la **transparencia**, es decir, la **obligación de informar** de todos aquellos elementos que son susceptibles de influir en el proceso de toma de decisión de cada uno de los contratantes durante la fase de formación del contrato. El **principio de protección de la confianza ajena** opera juntamente con el principio de la buena fe. ⁴¹

Asimismo, cabe destacar que, de acuerdo con la voluntad de estabilidad y perduración en el tiempo característica de los contratos de distribución, la **obligación de cooperación** -implícita en la exigencia general de la buena fe- cobra especial interés. Así pues, la cooperación es fundamental e imprescindible para el cumplimiento satisfactorio del contrato que persiguen ambas partes e incluye el **suministro de toda la información necesaria** para la consecución de los objetivos fijados en el contrato o derivados del mismo. ⁴²

En este sentido, Antonio Abril Rubio indica que «*[...] la exigencia de la buena fe dentro del ámbito de la distribución comercial supera la obligación general establecida en el CC, llegando a configurarse como un deber cualificado [...]*». ⁴³ De ahí que se pueda concluir que, en particular en el contrato de franquicia, la expresión del principio de la buena fe cobra especial relevancia durante la fase preliminar de negociación materializado en el deber cualificado de información precontractual y en la fase de extinción del contrato a través de la responsabilidad contractual. Ambas gozan de especial relevancia y trascendencia en el tráfico empresarial, aunque sólo la información precontractual será el objeto de estudio de los próximos capítulos por excederse la responsabilidad contractual de las posibilidades del presente análisis.

⁴⁰ ABRIL RUBIO, A. *Conflictos en la distribución comercial*. En: CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.) *Manual práctico derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 158.

⁴¹ Ídem, p. 158.

⁴² Ídem, p. 158.

⁴³ Ídem, p. 158.

7. DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

7.1. Configuración legal

El deber de información parte de una escueta mención expresa en el **art. 62.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista** y posterior desarrollo en el art. 2 del Real Decreto 2485/98, de 13 de noviembre, ya derogado y sustituido por el nuevo **art. 3 del Real Decreto 201/2010**.

El art. 62.2 LOCM establece:

Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias.

El art. 3 RD 201/2010 esencialmente recoge las especificaciones del art. 62.2 LOCM y añade otra «**información veraz y no engañosa**» precontractual que debe facilitar el potencial franquiciador. De la combinación de ambos artículos se desprende la siguiente lista:

- a) Datos de identificación del franquiciador, así como su capital social en caso de ser una sociedad mercantil.
- b) Acreditación de tener concedido el título de propiedad o licencia de uso de la marca.
- c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia.
- d) Experiencia de la empresa franquiciadora, evolución y desarrollo de la red comercial.
- e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación.
- f) Estructura y extensión de la red en España.
- g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia.

Tal es la importancia del deber de información precontractual que la institución UNIDROIT publicó en 2007 la **Ley Modelo UNIDROIT sobre Franquicia** dedicada íntegra y exclusivamente a tratar en profundidad este deber esencial. La trascendencia de dicha ley fue tal que inspiró las reformas en la legislación de países como Bélgica, México e incluso Estado Unidos, entre otros. No es casualidad que su art. 6.1.n configure una **detallada relación de toda la información financiera** que el franquiciador debe proporcionar al franquiciado. Tal exigencia parece razonable, pues el riesgo de perder la inversión realizada recaerá sobre el franquiciado.

Otras instituciones también han expresado su preocupación por el correcto cumplimiento del deber de información precontractual. La *International Franchise Association* ha dedicado dos secciones de su web a explicar de forma clara qué es el **Franchise Disclosure Document (FDD)** y qué información debería recoger. Entre su listado de 23 ítems se incluyen cuestiones tan dispares como la historia de bancarrotas y litigios civiles y penales del franquiciador, su experiencia empresarial, eventuales restricciones en los proveedores de productos o servicios e incluso la información financiera auditada de los últimos 3 años fiscales.⁴⁴

Por otro lado, la *European Franchise Federation* ha redactado un **Código Deontológico Europeo** cuyo art. 3 hace especial mención a la calidad de la información usada en la publicidad para reclutar nuevas franquiciadas. Entre sus exigencias más relevantes, se incluye la publicidad libre de ambigüedades y declaraciones engañosas, así como la obligación de objetividad de posibles referencias directas o indirectas a futuros resultados o ingresos que podrían esperar los franquiciadores, sin que éstos induzcan a error.

Como se observa, aunque se pueda acudir al código de conducta o la propuesta de regulación UNIDROIT, el desarrollo legislativo de dicho deber es muy somero y en todo caso insuficiente para su correcta aplicación. Resulta imprescindible acudir a la jurisprudencia para una mejor comprensión de su alcance, conflictos más habituales y consecuencias de su incumplimiento.

Tal y como identifica Jaume Martí Miravall, la STS 62/2012, de 27 de febrero de 2012, ha sido la primera que ha entrado a pronunciarse sobre «*la pretensión de anulabilidad del contrato por parte del franquiciado con fundamento en el error invalidante como vicio del consentimiento por incumplimiento del deber de información precontractual legalmente establecido en los artículos 62.3 LOCM y 3 del RD 201/2010*». ⁴⁵ Es en el FD 5º que el Alto Tribunal indica claramente que para hacer valer la infracción del deber de información como vicio del consentimiento es imprescindible indicar **cuál de los 8 puntos del art. 3 RD 201/2010 fue omitido** en la información precontractual durante la negociación. Así pues, deja entrever que no es un deber genérico sino un deber cuya **infracción debe concretarse**.

7.2. Contenido del deber de información precontractual

7.2.1. Finalidad

Resulta especialmente ilustrativo en cuanto a la finalidad del derecho de la información precontractual el art. 6.1.p de la Ley Modelo UNIDROIT de Franquicia al indicar que incluye

⁴⁴ INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION [Recurso electrónico]: *What information does a franchise disclosure document (FDD) contain?* [Consulta: 28 de mayo de 2020].

⁴⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Revista de Derecho Mercantil, núm. 284, 2012, p. 402.

«cualquier otra información necesaria para **impedir** que cualquier afirmación contenida en el documento de información pueda **inducir a error un potencial franquiciado que actúe razonablemente**». Se busca que el contratante pueda decidir «**libremente y con conocimiento de causa**» -comprendiendo en toda su extensión las consecuencias del contrato y los riesgos que se asumen-, tal y como exige el art. 62.3 LOCM, para poder formar correctamente su **consentimiento contractual**.

El deber de información precontractual es una obligación del franquiciador fundada en el **principio de la buena fe contractual**. El caso es que éste deber cumple una clara «**función tuitiva y garantista del ordenamiento jurídico**»⁴⁶ cuya finalidad se expresa en tres objetivos.

En primer lugar, equilibrar la **desigualdad de conocimientos**, no sólo en cuanto a la importante asimetría de **información** sino también de **experiencia**. Aunque pueden existir excepciones, el contrato de franquicia se suele caracterizar por llevarse a cabo entre un profesional y un inexperto. Así pues, para proteger la parte débil -en este caso el franquiciado-, se ha acuñado una **presunción de ignorancia legítima**⁴⁷ que requiere la configuración del deber de información para reequilibrar las fuerzas en la relación entre las partes contratantes. Para poder conocer el alcance de dicho deber de información resulta imprescindible atender a las características sociales, económicas y culturales de los sujetos.

En el caso DIA, se puede apreciar por una parte un **contratante experto y profesional** con experiencia en el mundo de los negocios y en particular en relación la franquicia y, por otra, un **contratante previsiblemente inexperto** -aunque no siempre, siendo necesario atender al caso concreto- en ambos campos. En este contexto, la necesidad de exigirle al franquiciador un cumplimiento riguroso del deber de información precontractual resulta evidente. Aunque la consecución de una igualdad real en cuanto al poder de negociación entre las partes es un objetivo utópico, la aproximación a un equilibrio real en cuanto al conocimiento de los contratantes sí es un objetivo al alcance de nuestro ordenamiento jurídico con las medidas tuitivas adecuadas y materializadas a través del deber legal de información precontractual.

En segundo lugar, conseguir la **formación adecuada del consentimiento contractual**, uno de los 3 requisitos esenciales de los contratos de acuerdo con el art. 1261 CC y desarrollado con mayor detenimiento más adelante. La información precontractual permite **comprender el negocio** en su totalidad, así como el **alcance de las obligaciones y derechos**, y **valorar todos los riesgos** a asumir derivados del contrato. En definitiva, éste deber permitir al franquiciador valorar la conveniencia o falta de ella del negocio y, en caso de que así lo estimara conveniente

⁴⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Revista de Derecho Mercantil, núm. 284, 2012, p. 403 y 404.

⁴⁷ CHINCHILLA IMBETT, C. A. [Recurso electrónico]: *El deber de información contractual y sus límites*. Revista de Derecho Privado, núm. 21, Julio/Diciembre de 2011 [Consulta: 2 de junio de 2020].

el contratante, prestar su consentimiento. Posibilita el pleno uso de la **libertad contractual o autonomía de la voluntad contractual**, consagrada por el art. 1255 CC.

En tercer lugar, **prevenir de abusos**. Es de suma importancia recordar que la mayoría de los riesgos recaen sobre el franquiciado -en algunas ocasiones, de forma desproporcionada-, por lo que el legislador ha querido **evitar supuestos de fraude y aprovechamiento** que ya se habían observado previamente en otros ordenamientos con más tradición en la explotación del modelo de franquicia. El ejemplo paradigmático es Estados Unidos -en cuyo territorio se creó la franquicia y de cuya denominación *franchising* se importó el concepto- donde la franquicia se expandió a la misma velocidad que los fraudes asociados a ella. No es casualidad pues, que después de observarse este fenómeno, la primera materia que se reguló en EE. UU. -y también en España- fuera el derecho de información del franquiciado en la fase precontractual. Se configuró -y sigue siendo- como una **medida de protección**.

7.2.2. Calidad de la información

Aunque el art. 62 LOCM no haga mención expresa a la calidad de la información a facilitar, el art. 3 del RD 201/2010 sí especifica que debe ser «**veraz y no engañosa**». En todo caso, la entrega de cualquier información no conlleva necesariamente el cumplimiento sustancial de la obligación, siendo imprescindible acudir al desarrollo jurisprudencial para comprender el alcance de dicha aseveración. La STS 62/2012, de 27 de febrero de 2012, resulta especialmente relevante al argumentar que se puede llegar a viciar la voluntad del potencial franquiciado a través de información «**no veraz o engañosa**» -reproduciendo el art. 3 del RD 201/2010- así como con la conducta de aquel que «**omite información o no la entrega en grado suficiente**». En el mejor de los casos, el franquiciado no tiene una comprensión real y completa del negocio, pero en el peor, tiene una concepción errónea.

Introduciendo el objeto de ulterior discusión, Jaume Martí Miravall ⁴⁸ apunta que es imprescindible atender a la **intencionalidad** del franquiciador en relación con la información que provoca el error. En caso de facilitarla con el objetivo de inducir al franquiciado a perfeccionar el contrato a sabiendas del error, estaríamos en sede de error doloso -**dolo**-. Si, por el contrario, «*el error ha sido fortuito y en ningún caso estaba dirigido a forzar la conclusión del contrato*», constituiría un **error invalidante**. El análisis de la intencionalidad es de cabal importancia, pues marca la frontera entre el dolo y el error con sus radicalmente diferentes consecuencias jurídicas.

⁴⁸ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit., p. 406 y 407.

7.2.3. Plazo

Tanto el art. 62 de la LOCM como el art. 2 del RD 201/2010 establecen de forma **imperativa** un plazo concreto para facilitar la información por escrito que bajo ningún concepto puede ser reducido a través de pacto entre las partes. Así pues, la antelación mínima para entregar la información es de **20 días antes** de la firma del contrato o precontrato o de la realización de cualquier pago por parte del franquiciado. Tal y como explica Jaume Martí Miravall, éste es el instrumento legal «*a través del cual se articula la tuición al potencial franquiciado, evitando que éste pueda ser inducido a actuar por el impulso del momento*». ⁴⁹

El plazo de 20 días se concede para que el potencial franquiciado pueda consultar a otros franquiciados, analizar la información facilitada e incluso procurar asesoramiento. Así pues, si bien es cierto que la obligación de entregar la información recae sobre el franquiciador, también lo que es que se requiere una **actitud activa del potencial franquiciado**. Ahora bien, aunque su actitud pasiva puede conllevar la aceptación de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar, esto no implica que se pueda imputar al franquiciado la carga de comprobar la buena fe del franquiciador. ⁵⁰

Tal y como matiza Jaume Martí Miravall, «*se trata de actuar conforme la diligencia que le es exigible*», ⁵¹ determinando la jurisprudencia cuáles son los elementos que tener en consideración. La propia STS 62/2012, de 27 de febrero de 2012, hace alusión a la **condición o no del potencial franquiciado como empresario** del sector con anterioridad o como mínimo de empresario de general. En muchas ocasiones, se adquiere la condición de empresario con la firma del propio contrato, evidenciando la falta de experiencia y de igualdad de fuerzas entre las partes. Es evidente que la diligencia debida exigible a un franquiciado que sea un empresario bien organizado y a uno sin experiencia, no puede ser la misma. La facilidad de engaño es radicalmente diferente y así lo refleja tanto la ley como la jurisprudencia en relación con la protección ofrecida en uno y otro caso.

7.3. Vicio del consentimiento por infracción del deber de información precontractual

El art. 1261 CC establece que el consentimiento, el objeto y la causa son los 3 **elementos esenciales para la perfección del contrato**. Así pues, la inobservancia de cualquiera de los tres produciría la invalidez del negocio jurídico. En el contrato de franquicia -siguiendo DIA la

⁴⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit., p. 407.

⁵⁰ Ídem, p. 408.

⁵¹ Ídem, p.408.

misma tendencia- el elemento que genera más litigiosidad es sin lugar a duda el consentimiento, requiriendo especial atención su vicio. Al respecto, José Ramón de Verda define los vicios del consentimiento como aquellas «*anomalías en el proceso de formación de la voluntad, que merman la libertad de los contratantes*»,⁵² y que, de tener suficiente entidad, producen la **invalidéz del contrato**. Según el art. 1265 CC los 4 vicios del consentimiento son los siguientes: el error, la violencia, la intimidación y el dolo.

Tal y como se ha avanzado, es imprescindible discernir entre el dolo y el error invalidante por infracción del deber de información, ya que, además, de acuerdo con las noticias encontradas acerca de los conflictos entre DIA franquiciadora y sus franquiciados, son los supuestos más frecuentes y objeto de análisis de los próximos epígrafes.

7.3.1. El error invalidante: Requisitos jurisprudenciales

De acuerdo con José Ramón de Verda, se puede afirmar que el error es «*una **falsa representación mental de la realidad**, que puede recaer sobre la persona del otro contratante (o sus cualidades) o sobre el objeto del contrato o las cualidades de este*». ⁵³

Sin embargo, no cualquier error tiene la potencialidad para alterar la realidad de forma tan relevante que se pueda afirmar que ha viciado el consentimiento de uno de los contratantes y que, por lo tanto, el error sea invalidante y anule el contrato. En caso de considerarse que existe un **error relevante o invalidante**, el ordenamiento jurídico permite que la persona que ha sufrido el error se desvincule del contrato a través de su anulabilidad. Si, por el contrario, el **error es no invalidante**, no se permite que se desvinculen, las partes seguirán obligadas a lo que hubieren pactado en el contrato -que se considera plenamente válido- y sólo se procederá a su corrección. ⁵⁴

Para poder definir qué tipo de error puede llegar a ser invalidante, es imprescindible realizar una lectura atenta del art. 1266 CC:

*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer **sobre la sustancia de la cosa** que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas **condiciones** de la misma **que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo**.*

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

⁵² DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. Cit, p. 207.

⁵³ Ídem, p. 207 y 208.

⁵⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit., p. 408.

El primer requisito al que alude el art. 1266 CC es la **esencialidad** dado que el error debe referirse a la sustancia de la cosa o las condiciones que motivan la celebración del contrato; no un simple error sobre un elemento accesorio. Por consiguiente, el error debe recaer sobre una realidad de tal envergadura que, de haber sabido exactamente como era y conocerla en toda su extensión, el contratante que padeció el error no hubiera realizado el negocio jurídico. El error es esencial cuando:

*[...] La cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y **aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo.***⁵⁵

El art. 1266.2 CC hace especial mención al error sobre la persona, pues sólo en contadas ocasiones las características de la persona serán la causa principal de la celebración del contrato. Únicamente en ese extremo se podría llegar a entender que el error sobre la persona es esencial y tiene la potencialidad para configurarse como invalidante.⁵⁶

El segundo requisito fundamental -la **excusabilidad**- no se desprende de la ley, sino que es la jurisprudencia aquella que lo exige «*por razones de seguridad y para evitar la proliferación de las demandas de anulación*». ⁵⁷ Conviene no olvidar que, juntamente con la buena fe, otro de los principios rectores del derecho privado es el **principio de conservación de los contratos o favor contractus**. Una interpretación demasiado amplia de la anulabilidad o nulidad relativa del contrato por error se opondría frontalmente a dicho principio.

Ya en 1989, la **STS, 20 de noviembre de 1989**, de gran trascendencia, realizó esta segunda delimitación del error invalidante indicando que la esencialidad no era suficiente. El Fundamento de Derecho Segundo indica las 4 condiciones necesarias para que el error en el consentimiento invalide el contrato:

- a) Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.
- b) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.
- c) Que **no sea imputable a quien lo padece**.
- d) Que exista un **nexo causal** entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

⁵⁵ FD 7º de la STS, 14 de febrero de 1994.

⁵⁶ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. Cit., p. 208.

⁵⁷ Ídem, p. 208 y 209.

Especialmente relevante resulta la condición c) de inimputabilidad a quien lo padece, pues indica el carácter excusable del error invalidante y que debe relacionarse con la diligencia debida del contratante. La excusabilidad debe entenderse en el sentido de **inevitabilidad**:⁵⁸

*Se considera que un error es **inexcusable**, cuando quien lo padece no ha empleado una diligencia regular o media para evitarlo; y **excusable**, cuando, por el contrario, quien lo padece ha obrado de manera diligente al celebrar el contrato, pero, aun así, no se ha percatado de su error.*⁵⁹

Como es ampliamente aceptado, la diligencia media o regular en el comportamiento de los contratantes debe juzgarse a tenor de sus circunstancias personales, así como la edad, su formación, su oficio o su experiencia profesional. La diligencia exigible a un experto en el sector y a una persona sin previa experiencia, no puede ser la misma. De igual modo sucede en el caso de las franquicias de DIA objeto de estudio en el presente trabajo. **No es lo mismo que aquél que firme un contrato para convertirse en franquiciado de DIA sea un empresario experto familiarizado con las prácticas comerciales, que una persona sin previa experiencia ni conocimientos empresariales específicos.** Asimismo, también deben tomarse en consideración las circunstancias personales de la otra parte contratante cuando el error puede originarse por la relación de confianza entre las partes fundada en la conducta o las afirmaciones de la otra parte -en este supuesto, la franquiciadora-.

Para apreciar la excusabilidad o inexcusabilidad del error, debe atenderse a la **diligencia media o regular exigible** al caso concreto. De ahí, que se exija un mayor nivel de diligencia a aquellas personas expertas o conocedores del respectivo sector o negocio⁶⁰ y una diligencia mucho menor a aquellos contratantes inexpertos a los que no se les puede someter a una carga excesiva.⁶¹

Como última nota a tener en consideración al valorar la diligencia adoptada por aquél que sufre el error, «los Tribunales tienen en cuenta si el mismo es **espontáneo** o si, por el contrario, ha sido causado por un **comportamiento incorrecto de la otra parte contratante**». ⁶² Dicha conducta podría estar fundada en la **afirmación de algo que es falso** -sin necesidad de probarse un especial objetivo o intencionalidad de engaño, pues se estaría entrando en sede de dolo- o en haber **omitido alguna circunstancia** relevante que, en virtud de la buena fe contractual, debería haber sido puesta en conocimiento de la otra parte. En caso de que se produjera cualquiera de las dos situaciones descritas, los Tribunales tienden a calificar el error de excusable, así como sucede en la STS 359/2010, de 10 de junio de 2010, pues el comprador

⁵⁸ FD 7º de la STS, 14 de febrero de 1994.

⁵⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. Cit., p. 209.

⁶⁰ FD 2º de la STS 377/2019, de 1 de julio de 2019.

⁶¹ FD 7º de la STS, 14 de febrero de 1994.

⁶² DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. Cit., p. 209 y 210.

de una naviera la había adquirido con la garantía de un estado contable y patrimonial por parte de los vendedores cuando, en realidad, la naviera estaba en quiebra.

Para concluir, Jaume Martí desarrolla las conclusiones expresadas por el Alto Tribunal en los Fundamento de Derecho 4º y 5º de la STS 62/2012, de 27 de febrero de 2012, respecto los 2 requisitos del error para que éste sea de suficiente magnitud para invalidar el contrato:

[...] El contrato de franquicia puede llegar ser anulado por vicio del consentimiento, puesto que el error puede poseer entidad suficiente -«esencialidad»- como que un tercero en la misma situación no hubiera contratado, o lo hubiera hecho en términos sustancialmente distintos. [...] Ahora bien, el contrato de franquicia no podrá anularse si el franquiciado, que alega el error invalidante, ha incurrido en él por «culpa», o si el error versa sobre un aspecto respecto al que él había «asumido el riesgo» de error o sobre el que le «correspondía soportarlo» -«inexcusabilidad»-.⁶³

Si bien es cierto que la resolución judicial reconociendo la anulabilidad por vicio del consentimiento como la consecuencia jurídica que se deriva del incumplimiento del deber de información precontractual del franquiciador -en este caso, DIA- resulta satisfactoria, también es cierto que existen voces críticas respecto a la eficacia real de la misma:

[...] las limitaciones que se imponen en el ámbito de aplicación de la doctrina del error invalidante no están justificadas en el contexto de una actividad empresarial tan compleja como es la franquicia y en la que tanto las inversiones iniciales como, en determinados casos, los posibles beneficios que se prevén son elementos decisivos en la prestación del consentimiento contractual.⁶⁴

7.3.2. El dolo

El segundo vicio del consentimiento contractual analizado es el dolo, caracterizado por el **ánimo o intencionalidad de engañar** de quien lo comete y recogido en el art. 1269 CC de la siguiente forma: «*Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*».

Antes de singularizar el error que permite desvincularse de las obligaciones del contrato, cabe destacar que, a diferencia del error no doloso analizado previamente, el error doloso es **siempre excusable**. Esto es así ya que la conducta del causante es «*merecedora del máximo reproche por parte del ordenamiento jurídico, en cuanto presupone una infracción consciente y maliciosa del principio de buena fe en sede precontractual*». ⁶⁵ De esta forma, no se requiere el análisis de la diligencia media adoptada por el contratante -el franquiciado en este caso- para evitar la captación de su consentimiento contractual viciado. Tal y como indica

⁶³ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit., p. 409.

⁶⁴ MARTÍ MIRAVALLS, J. *El contrato de Franquicia*. En: VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.). *Los contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 98.

⁶⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit. p. 407.

Jaume Miravalls, «no es admisible que quien engaña pueda obtener una posición de ventaja, en perjuicio de quién, negligente o no, fue engañado». ⁶⁶

Siguiendo la línea del error invalidante, no cualquier tipo de dolo será de suficiente entidad como para provocar la anulabilidad del contrato. Es imprescindible que recaigan sobre el dolo los 4 requisitos establecidos por mandato legal. Los primeros dos los indica el art. 1269 CC previamente reproducido y los dos siguientes los establece el art. 1270 CC: «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser **grave** y **no haber sido empleado por las dos partes contratantes**. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios». Conviene acudir tanto a la jurisprudencia como a la doctrina para obtener una mejor comprensión de los mismos.

En primer lugar, se requiere una **conducta maliciosa** por parte de uno de los contratantes, que «puede consistir tanto en una **acción positiva** como en una **abstención u omisión**». ⁶⁷ Como consecuencia, el dolo no únicamente se manifiesta con la «insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también [con] la **reticencia dolosa** del que calla o no advierte a la otra parte **en contra del deber de informar que exige la buena fe**» ⁶⁸ de que la cosa tiene un defecto grave del que no se ha percatado. Asimismo, cabe realizar una apreciación en cuanto al deber de información precontractual en el marco del contrato de franquicia, ya que, al ser un deber legalmente establecido, la jurisprudencia ha equiparado «[...] la no información -**omisión**- o la información sin la debida extensión legalmente requerida -**[in]suficiencia**- a la reticencia dolosa -o **dolo negativo u omisivo**-». ⁶⁹ Los tres casos constituyen supuestos de **retención de información** que incumplen el deber legalmente establecido e impiden que al menos una de las partes forme adecuadamente su consentimiento contractual, siendo igualmente sancionados por el ordenamiento con la invalidez del contrato.

En segundo lugar, es necesario que «[...] **la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la libertad natural y conocimiento a causa del engaño [...]**». ⁷⁰ La voluntad del contratante fue captada a través del engaño.

El tercer requisito -exigido por el art. 1270 CC- es que el dolo ha de ser **grave**, lo que implica que, de no haber mediado la conducta maliciosa de la otra parte, la parte que sufre el engaño no hubiera realizado el negocio jurídico. ⁷¹ En pocas palabras, es imprescindible que, de no

⁶⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit. p. 407.

⁶⁷ FD 2º de la STS 569/2003, de 11 de junio de 2003.

⁶⁸ FD 3º de la STS 129/2010, de 5 de marzo de 2010.

⁶⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Op. Cit. p. 407.

⁷⁰ FD 2º de la STS 569/2003, de 11 de junio de 2003.

⁷¹ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. Cit., p. 211-213.

haberse producido el engaño, la otra parte no hubiera celebrado el contrato -en este caso, de franquicia-.

Para concluir, el cuarto requisito -también previsto en el art. 1270 CC- es que el error **no haya sido causado por un tercero** no interviniente en la celebración del contrato **ni empleado por las dos partes** contratantes. En caso de que se produjera el último de los dos supuestos, la mala fe se compensaría a través de la denominada «**compensación del dolo**».

Aún con la delimitación del ámbito de actuación del error doloso a través de los 4 requisitos previamente desarrollados, no debe perderse de vista que la jurisprudencia ha declarado unánimemente que **el dolo no se presume y debe ser acreditado -probado inequívocamente- por quien lo alega**. Así pues, la carga de la prueba recae sobre aquél que alega el error y no se pueden admitir meras conjeturas o deducciones. Queda de manifiesto que el error doloso es un **concepto muy restrictivo** y que, además, la carga de la prueba recae sobre aquél que ha sido engañado.

7.4. Supuesto de conflicto real entre DIA y una franquiciada

Hubiera sido revelador poder analizar diversas resoluciones judiciales en que alguno de los fundamentos jurídicos versara sobre la infracción -bien por error invalidante, bien por dolo- o sobre el correcto cumplimiento del deber de información precontractual de la franquiciadora DIA respecto alguno de sus franquiciados. Sin embargo, después de una exhaustiva búsqueda en los buscadores de jurisprudencia, no ha sido posible.

Aún así, el Diari de Tarragona publicó una noticia en la que indicaba que no sólo el Tribunal de 1ª Instancia de Tarragona se había pronunciado en 2019 respecto 2 situaciones de conflicto entre la franquiciadora DIA y alguno de sus franquiciados, sino que, además, la sentencia de 28 de febrero de 2019 versaba sobre el deber de información precontractual. Desafortunadamente, al ser de primera instancia y no firme, no se ha podido acceder a la misma a través de los buscadores ni tampoco dirigiéndose directamente a los Juzgados.

A falta de disponibilidad de sentencias públicas resolviendo conflictos entre sujetos relevantes para el objeto que nos ocupa, puede resultar interesante presentar y analizar los hechos que se desprenden de diversas noticias presumiendo su veracidad y exactitud.⁷²

La señora Cristina estuvo trabajando durante 11 años en tiendas de DIA, llegando a ser encargada de una de ellas. Después de llevar a juicio a la empresa por denegarle una reducción de jornada justificada, el tribunal falló a su favor, pero DIA la castigó poniéndola a caja otra

⁷² JUANPERE, J. [Recurso electrónico]: *Condenan a DIA a pagar 101.033€ a una franquiciadora de Tarragona por falsear datos*. Diari de Tarragona, 28 de marzo de 2016. [Consulta: 2 de junio de 2020].

vez. Finalmente llegaron a un acuerdo económico y se fue al paro. Dos años más tarde, después de asegurarle que los problemas judiciales previos no eran un inconveniente, abrió su propia franquicia DIA en mayo de 2011. En julio de 2013 tuvo que cerrarla porque el negocio no funcionaba.

Posteriormente, DIA interpuso una demanda indicando que en julio de 2013 la señora Cristina estaba generando una gran deuda por impago de pedidos y que, además, perjudicaba la imagen de la cadena al incumplir los horarios de apertura. Después de atender a la opinión del perito -economista- respecto a la modificación de negativo a positivo del resultado de la cuenta de resultados por parte de DIA y la imposibilidad de hacer funcionar el negocio según el gestor de la señora Cristina, se escuchó el testimonio de un antiguo empleado de DIA que afirmaba que la franquiciadora le facilitaba la información real y él tenía que manipularla para que fuera atractiva y pareciera beneficiosa para el potencial franquiciado.

A raíz de los hechos probados, la magistrada dictó sentencia indicando que *«no existe la más mínima duda»* de que DIA, al haber gestionado anteriormente la tienda, *«era perfecta conocedora de los resultados que ésta tenía y si realmente se trataba de una tienda totalmente rentable, a ella [...] le hubiera correspondido acreditar dicho extremo. Y ello no ha sido así»*.⁷³ La magistrada consideró que DIA ofreció un balance falso a la potencial franquiciada sobre un negocio rentable a sabiendas que ese negocio en realidad generaba pérdidas y condenó a la franquiciadora a pagarle una indemnización de más de 100.000€.

Tomando en consideración que, en relación con el deber de información precontractual, la información objeto de discusión es el balance -o cuenta de resultados- falso, se puede afirmar sin mayores problemas que se encuentra recogido bien en el apartado e) de contenido y características de una franquicia y de su explotación, bien en el apartado g) de elementos esenciales del acuerdo de franquicia, del art. 2 del RD 201/2010. Además, se desprende del caso que la información aportada por DIA era falsa. De acuerdo con el Alto Tribunal,⁷⁴ la información *«no veraz o engañosa»* -que choca frontalmente con las exigencias del art. 2 RD 201/2010- podría llegar a viciar la voluntad del potencial franquiciador -la señora Cristina- distorsionando la realidad del negocio que va a perfeccionar e impidiendo formar válidamente el consentimiento contractual necesario.

Sin embargo, para declarar la invalidez del contrato por infracción del deber de información que vicia el consentimiento, no es suficiente que la información entregada sea falsa o no engañosa, sino que debe concurrir dolo o error invalidante de acuerdo con los requisitos jurisprudenciales exigidos y desarrollados previamente.

⁷³ JUANPERE, J. [Recurso electrónico]: *Condenan a DIA a pagar 101.033€ a una franquiciadora de Tarragona por falsear datos*. Diari de Tarragona, 28 de marzo de 2016. [Consulta: 2 de junio de 2020].

⁷⁴ STS 62/2012, de 27 de febrero de 2012.

Partiendo de las afirmaciones de la magistrada y de los testigos, se puede llegar a la conclusión que DIA manipuló los documentos contables del establecimiento con la intencionalidad de engañar a la franquiciada y que así, ésta firmara el contrato. Se estaría delante un posible supuesto de error doloso del art. 1269 CC en que se realiza una infracción consciente y maliciosa del principio de buena fe en sede precontractual al, no sólo no informar de la realidad, sino manipularla deliberadamente.

Es evidente que la conducta de DIA es una acción maliciosa activa -primer requisito jurisprudencial- que vicia la voluntad -segundo requisito- de la señora Cristina por haberse emitido sin la libertad natural y conocimiento a causa del engaño, ya que desconocía la existencia de pérdidas del negocio jurídico en el que estaba entrando. Además, también podría afirmarse que el engaño es grave -tercer requisito-, ya que es evidente que de haber sabido que el establecimiento generaba pérdidas, no hubiera firmado el contrato. Tal y como afirma la magistrada, «*nadie quiere tener pérdidas*». Por último, a falta de mención expresa en la noticia, se puede asumir que la señora Cristina no actuó con ánimo de engañar a la franquiciadora DIA y que, por lo tanto, no se produjo compensación de dolo. De esta forma, la magistrada habría podido fallar apreciando el dolo, declarando la nulidad relativa del contrato de franquicia y, tal y como se indica en la noticia, estipulando una indemnización por daños y perjuicios de más de 100.000€ a través del art. 1902 CC.

Sin embargo, cabe recordar que la captación dolosa de la voluntad no puede presumirse en ningún caso, sino que la parte que lo alega debe probarlo; tarea nada sencilla. De esta forma, en caso de no haber podido probar el dolo, es muy posible que la parte actora haya acudido a la institución del error invalidante para solicitar la anulabilidad del contrato. El propio José Ramón de Verda indica que es común que el dolo grave se configure como un «*supuesto de error esencial, caracterizado por haber sido provocado por el engaño del otro contratante*». ⁷⁵ En ambos casos, el engañado, podrá pedir la anulación del contrato, bien por dolo, bien por error. Sin embargo, sólo cuando también logre acreditar el propósito de engaño, podrá solicitar la indemnización que concede la magistrada en el presente caso.

A fin de que el supuesto actual pueda subsumirse en el error invalidante es imprescindible que se cumplan los 2 requisitos jurisprudenciales: la esencialidad y la excusabilidad del error. Al producirse un cambio de beneficios a pérdidas -más de (2.000€) mensuales-, uno de los elementos más importantes en el momento de decidir entrar en un negocio o no, no cabe duda alguna que el error recae sobre aquella condición de la cosa que principalmente dio lugar a la celebración del contrato. Cumple el requisito de esencialidad.

Por otro lado, para poder considerar que el error es excusable, no puede ser imputable a quien lo padece, es decir, a la señora Cristina. Como se ha descrito previamente, para determinarlo,

⁷⁵ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. cit., p. 208.

cabe atender en primer lugar a la diligencia media o regular exigible de acuerdo con las circunstancias personales de la parte contratante. Al tener la franquiciada experiencia previa en el sector y especialmente, en la misma cadena DIA, se puede exigir de ella conocimientos en cuanto a la forma de funcionar del establecimiento, así como el volumen de ventas aproximado. Sin embargo, ello no implica que pudiera tener acceso a los costes de venta, a las necesidades de inversión o al nivel mínimo de stock exigido ni tampoco que tuviera experiencia previa como empresaria, tal y como indica la noticia.

En segundo lugar, los Tribunales también han reiterado la importancia de analizar si el error fue espontáneo o si, por el contrario, fue fruto de un comportamiento incorrecto de la otra parte, afirmando algo que era falso.⁷⁶ En el conflicto actual, el error es el resultado de una conducta reprochable -incluso legalmente- en que la franquiciadora ha transformado a consciencia los resultados de la información financiera para ocultar la realidad y captar la voluntad contractual de la señora Cristina. Ante tal situación, no resulta acertado afirmar que el error le es imputable, pues excedería de la diligencia media razonablemente exigible.

De esta forma, se podría afirmar que el supuesto cumple con los dos requisitos exigidos jurisprudencialmente para que el error invalidante sea considerado como vicio del consentimiento por incumplimiento del deber de información precontractual. Sería el fundamento para anular el contrato por parte de la señora Cristina y recibir la indemnización por daños y perjuicios de más de 100.000€ que indica la noticia.

⁷⁶ DE VERDA BEAMONTE, J. R. Op. cit., p. 210.

8. ¿SE DEBERÍA REGULAR EL CONTRATO DE FRANQUICIA?

El hecho que la franquicia sea huérfana de regulación agrava y multiplica los conflictos entre las partes. En nuestra doctrina, Ricardo Alonso esgrime algunos puntos en pro de la regulación de la materia: la importancia del sector de la distribución en la economía española, la ausencia -o sin reglas claras- de contratos escritos de distribución, la falta de claridad y certeza sobre la regulación supletoria a falta de pacto y, finalmente, la **gran litigiosidad de este tipo de contratos**. No obstante, conviene no subestimar los argumentos en contra de su tipificación: la rápida evolución del sector y la «*heterogeneidad de la actividad y estructura sectorial*». ⁷⁷

Aún teniendo en consideración los perjuicios mencionados, la doctrina coincide en la necesidad de un marco mínimo para **promover la seguridad jurídica** de los operadores económicos en el mercado de la distribución, la sistematización del derecho y la **protección de la parte débil**, evitando situaciones contractuales de abuso.

En este sentido, ya en 2006 se presentó la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Contratos de Distribución que, aunque no llegó a tramitarse, sirvió de antecedente para el **Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (PLCD)** de 2011. Después de haber sido presentado y aprobado en 2011 por el Consejo de Ministros de José Luís Zapatero, el PLCD **se paralizó** -como hubiera podido prever el propio Consejo- con el cambio de gobierno. En marzo de 2012, el Ministro de Industria, Energía y Turismo señaló que era preferible «*dejar que las partes lleguen a acuerdos en lugar de imponer normas*». ⁷⁸ Asimismo, la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) no escatimó esfuerzos para conseguir que el PLCD no obtuviera el visto bueno del Congreso de Diputados, último paso para que entrase en vigor. ⁷⁹

Aún no habiéndose aprobado el PLCD, éste sirvió de precedente para el capítulo dedicado a los contratos de distribución que incluía la **Propuesta de Código Mercantil (PCM) de 2013**. A pesar de todos los esfuerzos, el capítulo fue suprimido sin más explicación en el **Anteproyecto de Código Mercantil de 2014** delante de los 350 diputados. Presumiblemente, la buena organización de los *lobbies* de los empresarios interesados consiguió la incidencia deseada.

El resultado de tantas peripecias es que el contrato de franquicia sigue siendo atípico, dejando a la autonomía de la voluntad como única regulación y sin establecer un marco mínimo. En la

⁷⁷ ALONSO SOTO, R. *La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil*. En: MORILLAS JARILLO, M. J. (dir.); PERALES VISCASILLAS, M. P. (dir.) y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1163-1175.

⁷⁸ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. *Franquicias y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil*. En: MORILLAS JARILLO, M. J. (dir.); PERALES VISCASILLAS, M. P. (dir.) y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1667-1686.

⁷⁹ EMPRENDER FRANQUICIAS Y NEGOCIOS [Recurso electrónico]: AEF: “No se tramitará el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. Franquicias y negocios, 24 de mayo de 2015. [Consulta: 8 de junio de 2020].

mayoría de los casos, el franquiciador -con su largo recorrido empresarial- establecerá las condiciones para protegerse frente los eventuales conflictos, creando un **contrato blindado**.

Si los contratos de franquicia deberían tener un marco mínimo, pero no se ha conseguido tal hazaña, la pregunta a formularse es: ¿a **quién beneficia** que no esté regulado uno de los contratos de mayor impacto económico y con más desigualdad entre las partes? La siguiente tabla acerca de las demandas en el ámbito de la franquicia, resulta ilustrativa:

	TOTAL	INSTADAS POR EL FRANQUICIADO	INSTADAS POR EL FRANQUICIADOR	A FAVOR DEL FRANQUICIADO	A FAVOR DEL FRANQUICIADOR
SENTENCIAS	379	143 (37,73%)	236 (62,26%)	126 (33,24%)	253 (66,75%)
2010	45	19 (42,22%)	26 (57,77%)	15 (33,33%)	30 (66,66%)
2011	44	16 (36,36%)	28 (63,63%)	14 (31,81%)	30 (68,18%)
2012	36	9 (25%)	27 (75%)	12 (33,33%)	24 (66,67%)
2013	44	14 (31,82%)	30 (68,18%)	15 (34,10%)	29 (65,90%)
2014	44	17 (36,36%)	27 (61,36%)	13 (29,55%)	31 (70,45%)
2015	33	10 (30,30%)	23 (69,69%)	7 (21,21%)	26 (78,79%)
2016	39	17 (43,58%)	22 (56,41%)	17 (43,59%)	22 (56,41%)
2017	38	16 (42,10%)	22 (57,89%)	11 (28,95%)	27 (71,05%)
2018	56	25 (44,64%)	31 (55,35%)	22 (39,28%)	34 (60,71%)

Ilustración 5: Litigios entre franquiciadores y franquiciados (2010-2018). Fuente: Observatorio Jurisprudencia de Franquicia ⁸⁰

La primera observación que realizar es que resulta llamativo que haya **más recursos instados por los franquiciados que sentencias resueltas a favor suyo**. Todo apunta a que no han podido probar suficientemente bien la observancia de algunos de los requisitos del error invalidante y/o el dolo para anular el contrato, bien los comportamientos incorrectos de la franquiciadora alegados.

En segundo lugar, cabe destacar que los **franquiciadores** son aquellos que habitualmente interponen los recursos y, especialmente, aquellos que **ganan los juicios**. Presumiblemente, la mayoría de las demandas estuvieran fundamentadas en el incumplimiento contractual de los franquiciados y, en especial, por impago de las cantidades adeudada. Sin embargo, aunque fuera un contrato desigual con cláusulas leoninas, sin causa de nulidad o incumplimiento contractual que permita la resolución, difícilmente el tribunal podrá fallar en sentido contrario al contenido del contrato cuyas cláusulas han sido aceptadas por los franquiciados.

En definitiva, teniendo en cuenta que el informe **únicamente recoge las SSAP y SSTS** -no se incluyen las sentencias de 1ª instancia, donde finalizan la mayoría de los procedimientos- se puede apreciar que la **gran litigiosidad** existente podría lograr disminuir de contar los operadores económicos con una regulación propia del contrato de franquicia en cuanto modalidad relevante de los denominados contratos de distribución.

⁸⁰ COMITÉ DE EXPERTOS JURÍDICOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES [Recurso electrónico]: *Observatorio Jurisprudencia de Franquicias en España. Informe 2010-2018*. [Consulta: 1 de junio de 2020].

CONCLUSIONES

Primera.- La situación patrimonial y financiera de DIA es agónica. La escasez de recursos propios es abrumadora hasta que en 2018 el PN es incluso negativo; la deuda supera el activo. La dependencia financiera es elevadísima y el PC -del 60 al 75%- ahoga la empresa. Está contra las cuerdas y cualquier problema puede tener consecuencias trágicas, como en 2018.

Segunda.- El *goodwill* y el inmovilizado material dominan el activo y, desde 2015, en todos los ejercicios hay activos para la venta fruto de un proceso de desinversión -impuesto por los bancos-. Su altísimo nivel de stock no consigue bajar del 16% y su rotación va disminuyendo, perdiendo productividad. Así lo demuestran también los ingresos y el beneficio por empleado.

Tercera.- El repunte en ventas en 2015 y 2016 no consigue evitar su descenso vertiginoso los 2 próximos ejercicios. El BDI sigue el mismo patrón, resultando en pérdidas desorbitadas y evidenciando el impacto del empeoramiento del coste de venta y la erosión del margen bruto.

Cuarta.- El modelo dual de DIA requiere poca inversión y permite una rápida expansión. El número y % de franquicias no deja de crecer hasta 2018, cerrando y recomprando franquicias.

Quinta.- El contrato de franquicia es aquél en virtud del cual un empresario -el franquiciador- se compromete, a cambio de una contrapartida, a ceder o licenciar el uso de su propiedad industrial, aportar su *know how* y prestar asistencia comercial y técnica a otro empresario -el franquiciado- para que explote su sistema propio de comercialización, sometiéndose a sus medidas de control para proteger el *know how* transmitido y el prestigio de la marca.

Sexta.- Aun siendo atípico, la regulación impone un único deber: el de información precontractual. Es la expresión de la buena fe y al mismo tiempo imprescindible para conocer la realidad del negocio y formar correctamente el consentimiento contractual. Entregar la información veraz y no engañosa del art. 3 del RD 201/2010 con una antelación de 20 días es una medida tuitiva para prevenir abusos y equilibrar la frecuente desigualdad entre las partes.

Séptima.- La infracción del deber de información por error invalidante o dolo puede invalidar el contrato pero ambos conceptos son restrictivos y se imponen requisitos jurisprudenciales. El error debe ser esencial y excusable, atendiendo a la diligencia media exigible según sus circunstancias personales. Por su parte, el dolo debe resultar de una conducta maliciosa, la voluntad del declarante debe quedar viciada, ser grave y no haber compensación del dolo.

Octava.- A raíz de los cambios de gobierno y la presión de los *lobbies*, los diversos intentos de regulación han resultado fallidos. El contrato de franquicia sigue siendo atípico, dejando la autonomía de la voluntad -del contratante con mayor poder- como única regulación y sin un marco mínimo. Muchos conflictos judiciales y la gran inseguridad jurídica se podrían disminuir si los operadores económicos contasen con una regulación propia del contrato de franquicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía y Webgrafía

AGUILAR, J. [Recurso electrónico]: *DIA elige a Stephan Ducharme como presidente ejecutivo para sustituir a Karl-Heinz Holland*. ABC, 14 de abril de 2020. [Consulta: 16 de mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.abc.es/economia/abci-ducharme-convertira-presidente-ejecutivo-supermercados-sustitucion-holland-202004140929_noticia.html>.

ALONSO SOTO, R. *La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil*. En: MORILLAS JARILLO, M. J. (dir.); PERALES VISCASILLAS, M. P. (dir.) y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1163-1175.

CHINCHILLA IMBETT, C. A. [Recurso electrónico]: *El deber de información contractual y sus límites*. Revista de Derecho Privado, núm. 21, Julio/Diciembre de 2011 [Consulta: 2 de junio de 2020]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662011000200014>.

CLEMENTO MEORO, M. *Concepto y fuentes de las obligaciones*. En: DE VERDA BEAMONTE, J. R. (cord.). *Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p.19.

COMITÉ DE EXPERTOS JURÍDICOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES [Recurso electrónico]: *Observatorio Jurisprudencia de Franquicias en España. Informe 2010-2018*. [Consulta: 1 de junio de 2020]. Disponible en: <<http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2019/10/Observatorio-de-Jurisprudencia-AEF-2010-2018.pdf>>.

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL [Recurso electrónico]: *El magistrado Francisco Marín Castán nuevo presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo*. Poder Judicial, 31 de enero de 2014. [Consulta: 22 de mayo de 2020]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/El-magistrado-Francisco-Marin-Castan--nuevo--presidente-de-la-Sala-Civil-del-Tribunal-Supremo>>.

DE VERDA BEAMONTE, J. R. *El contrato y sus elementos esenciales*. En: DE VERDA BEAMONTE, J. R. (cord.). *Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 195-213.

DIA S.A. [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, 2014 [Consulta: 20 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.diacorporate.com/recursos/doc/corporativo/20150223/2015/cuentas-anuales-e-informe-de-gestion-consolidados-diasa-2014.pdf>>.

DIA S.A. [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, 2016 [Consulta: 20 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.diacorporate.com/recursos/doc/corporativo/20160223/2016/cuentas-anuales-e-informe-de-gestion-consolidados-diasa-2016.pdf>>.

[sos/doc/corporativo/20160512/2016/cuentas-anuales-e-informe-de-gestion-consolidados-2016.pdf](https://www.diacorporate.com/recursos/doc/corporativo/20160512/2016/cuentas-anuales-e-informe-de-gestion-consolidados-2016.pdf)>.

DIA S.A. [recurso electrónico]: *Cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado*, 2018 [Consulta: 20 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.diacorporate.com/recursos/doc/corporativo/20190208/201959998/cuentas-anuales-e-informa-gestion-consolidado-2018.pdf>>.

DIA S.A. [Recurso electrónico]: *Historia*. [Consulta: 17 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.diacorporate.com/es/nosotros/historia/>>.

EMPRENDER FRANQUICIAS Y NEGOCIOS [Recurso electrónico]: *AEF: “No se tramitará el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”*. Franquicias y negocios, 24 de mayo de 2015. [Consulta: 8 de junio de 2020]. Disponible en: <<http://www.franquiciasynegocios.com/seccion/ser-franquiciador/aef-no-se-tramitara-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-distribucion.aspx>>.

EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION. *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*. Asociación española de franquiciadores, 1 de enero de 1991 [Consulta: 3 de junio de 2020]. Disponible en: <<http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/08/C%C3%B3digo-Deontol%C3%B3gico-Europeo-de-la-Franquicia.-Edici%C3%B3n-Oficial.pdf>>.

GETE-ALONSO CALERA, M. *Comentario al art. 7 del Código Civil*. En: ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo I, vol. 1º*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 865.

INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION [Recurso electrónico]: *What information does a franchise disclosure document (FDD) contain?* [Consulta: 28 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.franchise.org/what-information-does-a-franchise-disclosure-document-fdd-contain>>.

JUANPERE, J. [Recurso electrónico]: *Condenan a DIA a pagar 101.033€ a una franquiciadora de Tarragona por falsear datos*. Diari de Tarragona, 28 de marzo de 2019. [Consulta: 2 de junio de 2020]. Disponible en: <<https://www.diaridetarragona.com/tarragona/Condenan-a-Dia-a-pagar-101.033-a-una-franquiciada-de-Tarragona-por-falsear-datos-20190328-0004.html>>.

MARÍN CASTÁN, F. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución*. En: VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.). *Los contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 27-29.

MARTÍ MIRAVALLS, J. *Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia*. Revista de Derecho Mercantil, núm. 284, 2012, p. 399-422.

MARTÍ MIRAVALLS, J. *El contrato de Franquicia*. En: VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.). *Los contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 98.

MONSALVE CABALLERO, V. *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción*. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, núm. 30, 2008, p. 30-74.

ORDOQUI CASTILLA, G. *Buena fe en los contratos*. Madrid: Editorial, 2011, p. 31.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. *Franquicias y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil*. En: MORILLAS JARILLO, M. J. (dir.); PERALES VISCASILLAS, M. P. (dir.) y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1667-1686.

RIBÓ, A. y POCH, A. *Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos*, *Economist & Jurist*, 2015, Vol. 23, núm 190, p. 58-65.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F. [Recurso electrónico]: *Contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring*. En: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de derecho mercantil*. Volumen II. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003#nota7>.

WOLTERS KLUWER. [Recurso electrónico]: *Contrato de franquicia*. [Consulta: 2 de junio de 2020]. Disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?%20params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjczNDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAS6YCADUAAAA=WKE>.

Legislación

España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. (BOE. núm. 129, de 29-05-1992, p. 18314 a 18317).

España. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. (BOE. núm. 15, de 17-01-1996, p. 1243 a 1254).

España. Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

España. Proyecto de Ley 121/000138, de 29 de junio, de Contratos de Distribución Comercial. (BOCG. núm. 138-1, de 29-06-2011).

España. Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. (BOE. núm. 63, de 13-03-2010, p. 25037 a 25046).

España. Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 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. (BOE. núm. 283, de 26-11-1998, p. 38859 a 38862).

España. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. (Gaceta de Madrid. núm. 289, de 16-10-1885, p. 169 a 170).

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid. núm. 206, de 25-07-1889, p. 249 a 259).

Ley modelo UNIDROIT, de 25 de septiembre de 2002, sobre la divulgación de la información en materia de franquicia. [Consulta: 30 de mayo de 2020]. Disponible en: <<https://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.PDF>>.

Jurisprudencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 221/2017 (Sección 3ª), de 12 de abril de 2017 (ECLI: ES:APBU:2017:364).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1986, asunto C-161/84, Pronuptia (ECLI: EU:C:1986:41).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 14 de febrero de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:14828).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 20 de noviembre de 1989 (ECLI: ES:TS:1989:6508).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 27 de septiembre de 1996 (ECLI: ES:TS:1996:5101).

Sentencia del Tribunal Supremo 129/2010 (Sala Primera, de lo Civil), de 5 de marzo de 2010 (ES:TS:2010:984).

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2009 (Sala Primera, de lo Civil), de 9 de marzo de 2009 (ES:TS:2009:1249).

Sentencia del Tribunal Supremo 164/1997 (Sala Primera, de lo Civil), de 4 de marzo de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:1515).

Sentencia del Tribunal Supremo 377/2019 (Sala Primera, de lo Civil), de 1 de julio de 2019 (ES:TS:2019:2230).

Sentencia del Tribunal Supremo 359/2010 (Sala Primera, de lo Civil), de 10 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3274).

Sentencia del Tribunal Supremo 385/1998 (Sala Primera, de lo Civil), de 30 de abril de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:2768).

Sentencia del Tribunal Supremo 457/2016 (Sala Primera, de lo Civil), de 5 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3438).

Sentencia del Tribunal Supremo 569/2003 (Sala Primera, de lo Civil), de 11 de junio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:4039).

Sentencia del Tribunal Supremo 62/2012 (Sala Primera, de lo Civil), de 27 de febrero 2012 (ECLI: ES:TS:2012:1327).

Sentencia del Tribunal Supremo 754/2005 (Sala Primera, de lo Civil), de 21 de octubre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6410).

ANEXOS

I. Comparación económica-financiera de Mercadona, Eroski, DIA y Carrefour

	Indicadores de endeudamiento, solvencia y liquidez							
	Mercadona		Eroski		DIA		Carrefour	
	2017	2018	2017	2018	2017	2018	2017	2018
Solvencia Global = Activo Total / Deuda Total (PnC + PC)	2,53	2,57	1,06	1,08	1,07	0,95	1,34	1,31
Coef. o Ratio Endeudamiento = Deuda Total / PN	0,65	0,64	14,16	12,31	13,54	-20,70	2,93	3,20
Dependencia financiera = Deuda Total / Activo Total	0,39	0,39	0,94	0,92	0,93	1,05	0,75	0,76
Calidad del endeudamiento = Deuda cp / Deuda Total	0,98	0,98	0,34	0,86	0,71	0,72	0,65	0,64
Solvencia Corriente o Ratio de Liquidez = AC / PC	1,21	1,04	0,82	0,31	0,52	0,49	0,82	0,81
Solvencia inmediata o Ratio Tesorería = AC – Stock / PC	0,98	0,84	0,39	0,15	0,27	0,27	0,53	0,54
Liquidez de 1r Grado = Efectivo + Inversiones financieras cp / Deuda cp	0,93	0,81	0,20	0,08	0,14	0,10	0,33	0,35
Capacidad de devolución de los préstamos = Flujo de caja (BDI + Amortiz.) / Préstamos	No tiene préstamos	No tiene préstamos	0,06	0,05	3,32	-0,07	0,09	0,08
Cobertura de Gastos financieros = Resultado explotación (BAII) / Gastos Financieros	No tiene préstamos	No tiene préstamos	2,86	2,85	5,1%	0,58	5,87	8,62
Coste de la deuda = Gastos financieros / Préstamos	No tiene préstamos	No tiene préstamos	2,43%	3,48%	10,72	2,97%	2,54%	1,60%

	Indicadores de gestión de activos: rotaciones y plazos							
	Mercadona		Eroski		DIA		Carrefour	
	2017	2018	2017	2018	2017	2018	2017	2018
Rotación AT	2,49	2,44	1,36	1,43	2,20	2,23	1,68	1,64
Rotación AnC	4,65	4,05	1,85	1,90	3,33	3,52	2,77	2,71
Rotación AC	5,34	6,11	5,10	5,81	6,45	6,08	4,27	4,17
Rotación stock	21,99	22,84	7,30	8,34	10,71	10,94	9,31	9,92
Plazo almacenamiento (días)	16,60	15,98	50	43,74	34,09	33,36	39,19	36,80
Plazo cobro a clientes (días)	0	0	n/d	n/d	8,18	8,35	n/d	n/d
Plazo pago proveedores (días)	53,10	53,02	78,53	77,39	91,93	80,71	88,35	84,94

	Indicadores de rentabilidad, autofinanciación e indicadores operativos							
	Mercadona		Eroski		DIA		Carrefour	
	2017	2018	2017	2018	2017	2018	2017	2018
ROI	4,78 %	8,4 %	4,29 %	5,87 %	5,83%	- 3,17%	4,2 %	4,02 %
ROE	6,3 %	10,61 %	14,14 %	0,64 %	39,34%	212,32%	- 2,98 %	- 3,05 %
Cobertura de la deuda por ingresos	6,3	6,26	1,44	1,55	2,36	2,12	2,21	2,11
Capacidad de financiación sobre activo	0,08	0,11	0,04	0,03	0,08	- 0,11	0,03	0,02
Capacidad de financiación sobre ventas	0,03	0,05	0,03	0,02	0,04	- 0,05	0,02	0,02
Facturación por empleado (€)	248.701	248.668	150.189	152.027	197.759	180.488	208.214	208.870
Bº Neto por empleado (€)	3.814	6.621	1.041	51	2.435	- 8.731	- 955	- 945
Coste laboral por empleado (€)	32.331	31.972	20.921	21.393	17.892	17.665	22.693	22.368
Productividad laboral	7,71	7,8	7,18	7,11	11,26	10,41	9,18	9,34